

Die gewillkürte Parteiänderung im Zivilprozeß

von
Wilhelm Gofferjé
aus
Krefeld

Die gewillkürte Parteiänderung im Zivilprozeß

Inaugural - Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

Erlangen-Nürnberg

vorgelegt

von

Wilhelm Gofferjé

aus

Krefeld



Referent: Prof.Dr. Karl Heinz Schwab

Tag der mündlichen Prüfung: 20.2.1970

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Literaturverzeichnis	IV
Einleitung:	
§ 1 Abgrenzung und Einteilung der Fälle der gewillkürten Parteiänderung	1
§ 2 Die bisher in der Rechtsprechung auf- getretenen Fälle einer gewillkürten Par- teiänderung	5
§ 3 Besteht ein Bedürfnis für die Zulassung einer gewillkürten Parteiänderung?	24
1. Abschnitt: Der Parteiwechsel	
1. Kapitel: Der Klägerwechsel	
§ 4 Das Wesen des Klägerwechsels	33
§ 5 Die zum Klägerwechsel erforderlichen Zustimmungen	51
§ 6 Die Form des Klägerwechsels	76
§ 7 Streitigkeiten über den Eintritt des Klägerwechsels	80
§ 8 Die prozessualen Wirkungen des Kläger- wechsels	86
§ 9 Die materiellrechtlichen Wirkungen des Klägerwechsels	89
§ 10 Die Verwertbarkeit der bisherigen Ver- fahrensergebnisse	94
§ 11 Die Verteilung der Kosten des Verfahrens	106
§ 12 Der Klägerwechsel im Rechtsmittelzug	112
2. Kapitel: Der Wechsel des Beklagten	
§ 13 Das Wesen des Beklagtenwechsels	124
§ 14 Die zum Beklagtenwechsel erforderlichen Zustimmungen	127

§ 15 Die Form des Beklagtenwechsels	135
§ 16 Streitigkeiten über den Eintritt des Beklagtenwechsels	140
§ 17 Die prozessualen Wirkungen des Beklag- tenwechsels	141
§ 18 Die materiellrechtlichen Wirkungen des Beklagtenwechsels	143
§ 19 Die Verwertbarkeit der bisherigen Ver- fahrensergebnisse	146
§ 20 Die Verteilung der Kosten des Verfahrens	149
§ 21 Der Beklagtenwechsel im Rechtsmittelzug	152

2. Abschnitt: Der Parteibeitritt

1. Kapitel: Der Klägerbeitritt

§ 22 Das Wesen des Klägerbeitritts	160
§ 23 Die zum Klägerbeitritt erforderlichen Zustimmungen	172
§ 24 Die Form des Klägerbeitritts	188
§ 25 Streitigkeiten über den Eintritt des Klägerbeitritts	191
§ 26 Die prozessualen Wirkungen des Kläger- beitritts	195
§ 27 Die materiellrechtlichen Wirkungen des Klägerbeitritts	198
§ 28 Die Verwertbarkeit der bisherigen Ver- fahrensergebnisse	202
§ 29 Die Verteilung der Kosten des Verfahrens	207
§ 30 Der Klägerbeitritt im Rechtsmittelzug	214

2. Kapitel: Die Hereinziehung eines weiteren Beklagten

§ 31 Das Wesen des Beklagtenbeitritts	224
§ 32 Die zum Beklagtenbeitritt erforderlichen Zustimmungen	227

§ 33 Die Form des Beklagtenbeitritts	23
§ 34 Streitigkeiten über den Eintritt des Beklagtenbeitritts	24
§ 35 Die prozessualen Wirkungen des Beklag- tenbeitritts	246
§ 36 Die materiellrechtlichen Wirkungen des Beklagtenbeitritts	248
§ 37 Die Verwertbarkeit der bisherigen Ver- fahrensergebnisse	250
§ 38 Die Verteilung der Kosten des Verfahrens	251
§ 39 Der Beklagtenbeitritt im Rechtsmittelzug	254

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Arndt : Die Parteiänderung im Zivilprozeß, in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht, 1938, S. 33ff
- Baumbach, Adolf : Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 14. Auflage, München-Berlin, 1938
- Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, 29. Auflage, München-Berlin, 1966
- Bernhardt, Wolfgang: Das Zivilprozeßrecht, 3. Auflage, Berlin, 1968
- Blomeyer, Arwed : Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1963
- De Boor, Hans Otto: Zur Lehre vom Parteiwechsel und Parteibegriff, in Festschrift für Heinrich Siber, Band 2, Leipzig, 1943
- Bötticher, Eduard : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.7.1956 in Monatsschrift für Deutsches Recht, 1958, S. 330f
- Bruns, Rudolf : Zivilprozeßrecht, Berlin-Frankfurt, 1968
- Bruns, Rudolf : Zur bevorstehenden Novellierung der Zivilprozeßordnung, in Juristenzeitung, 1969, S. 127ff
- Bull, Hans Joachim: Die Berichtigung des Rubrums, in Deutsche Richterzeitung, 1956, S. 180f
- Bull, Hans Joachim: Prozeßhilfen, 2. Auflage, München-Berlin, 1960
- Bundesjustizministerium: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung, Bonn, 1967; zit.: Entwurf

- Bundesjustizministerium: Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung, Bonn 1967, zit.: Begründung
- Förster-Kann : Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Auflage, Band 1, Berlin 1913
- Franz, Wolfgang : Der gewillkürte Parteiwechsel und seine Auswirkungen, Diss. Frankfurt 1968
- Gelhaar : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.7.1956 in Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH, Nr. 10 zu § 264 ZPO
- Gerold-Schmidt : Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, 3. Auflage, München-Berlin 1967
- Göttlich, Walter : Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, 9. Auflage, Flensburg 1963
- Goldschmidt, James: Zivilprozeßrecht, Berlin 1929
- Groß, Rolf : Klageänderung und Klagerücknahme, Diss. Frankfurt 1959
- Groß, Rolf : Zur Anwendung der Klageänderungs- und Klagerücknahmenvorschriften auf den Parteiwechsel, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 76 (1963), S. 200ff, zit.: ZZP 76
- Hellwig, Konrad : Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Band 3, Lehre von der Klage, Leipzig 1909
- Hellwig, Konrad : System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Teil 1, Leipzig 1912, zit.: System
- Henckel, Wolfram : Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg

rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heidelberg 1961

- Henckel, Wolfram : Der gewillkürte Parteiwechsel, in Deutsche Richterzeitung, 1962, S.226ff, zit.: DRiZ
- Hofmann, Klaus : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17.10.1963, in Neue Juristische Wochenschrift, 1964, S.1026f
- Holzhammer, Richard: Parteienhäufung und einheitliche Streitpartei, Wien 1966
- Johannsen : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17.10.1963 (BGHZ 40,185) in Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH Nr.6 zu § 33
- John, Franz : Gesetzliche und gewillkürte Parteiänderung im Zivilprozeß, Diss. München 1951
- Kisch, Wilhelm : Parteiänderung im Zivilprozeß, München 1912
- Kisch, Wilhelm : Parteien, Prozeßverbindungen und Parteiänderung im Zivilprozeßentwurf, in Judicium: Vierteljahresschrift für die gesamte Zivilrechtspflege, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1931, Sp.235ff, zit.: Entwurf
- Kisch, Wilhelm : Parteibeitritt in der Berufungsinstanz, in Festgabe für Richard Schmidt, Band 1, S.295ff, Leipzig 1932, zit.: Berufungsinstanz
- Kisch, Wilhelm : Anmerkung zum Urteil des RG vom 5.7.1934, in Juristische Wochenschrift, 1934, S.2615, zit.: JW
- Krantz, Georg : Parteiänderung im Zivilprozeß, Königsberger Diss., Erlangen 1919

- Larenz, Karl : Anmerkung zum Urteil des BAG vom 24.5.1957 (BAG 5,94), in Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des BAG, § 198 BGB Nr.2 Bl.175
- Lauterbach, Wolfgang : Kostengesetze, 15. Auflage, Berlin-München 1966
- Lent, Friedrich : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.7.1956, in Juristenzeitung, 1956, S.762
- Lent-Jauernig : Zivilprozeßrecht, 14. Auflage, München-Berlin 1969
- Markl, Hermann : Gerichtskostengesetz, Berlin 1967
- Meiß, Wilhelm : Besprechung der 18. Auflage des Kommentars von Stein-Jonas, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 69 (1956), S.474
- Nikisch, Arthur : Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952
- Planck, Julius : Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Nördlingen, Band 1, Wilhelm: 1887
- Pohle, Rudolf : Besprechung der 8. Auflage von Rosenbergs Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, in Monatsschrift für Deutsches Recht, 1960, S.963, zit.: MDR 1960
- Pohle, Rudolf : Besprechung von Blomeyers Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, in Monatsschrift für Deutsches Recht, 1964, S.451f, zit.: MDR 1964
- Pohle, Rudolf : Besprechung der 2. Auflage von Thomas-Putzos Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungs-

gesetz, in Monatsschrift für Deutsches Recht, 1966, S. 275, zit.:
MDR 1966

- Pohle, Rudolf : Gedanken zum gesetzlich nicht geregelten, gewillkürten Parteiwechsel, in Festschrift für Fragistas, Saloniki, 1967; S. 133ff
- Putzo, Hans : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17.10.1963, in Neue Juristische Wochenschrift, 1964, S. 500
- Reichsjustizministerium: Entwurf einer Zivilprozeßordnung, Berlin 1931
- Riedel-Corves-Sußbauer: Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, 2. Auflage, Berlin-Frankfurt 1966
- Rosenberg, Leo : Zu dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung, in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Band 57 (1933), S. 185ff, Berlin, zit.: Entwurf
- Rosenberg, Leo : Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 6. Auflage, München-Berlin, 1954, 7. Auflage 1956, 9. Auflage 1961, zit.: Lehrbuch
- Rosenberg, Leo : Über die gewillkürte Parteiänderung in der Berufungsinstantz, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 68 (1955), S. 1ff, zit.: ZZP 68
- Rosenberg, Leo : Die gewillkürte Parteiänderung im Zivilprozeß, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 70 (1957), S. 1ff, zit.: ZZP 70
- Rosenberg, Leo : Die gewillkürte Parteiänderung im Zivilprozeß, in Scritti Giuridici in Memoria di Piero Calamandrei, Band 2, Padua 1958, S. 423ff, zit.: Festschrift

- Schiedermaier, Gerhard: : Besprechung der 8. Auflage von Rosenbergs Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, in Archiv für die Civilistische Praxis, Band 159 (1959), S. 89ff
- Schneider, Egon : Hinweise für die Prozeßpraxis, in Das juristische Büro, 1967, Sp. 701ff
- Schönke, Adolf : Zum Parteibegriff und zur Lehre vom Parteiwechsel, in Juristische Blätter, Wien 1951, S. 528ff
- Schönke-Schröder-Niese: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Auflage, Karlsruhe 1956
- Schröder, Jochen : Widerklage gegen Dritte? in Archiv für die Civilistische Praxis, Band 164 (1964), S. 517ff
- Schwab, Karl Heinz : Besprechung der 8. Auflage von Rosenbergs Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 73 (1960), S. 477
- Seuffert-Walsmann : Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Auflage, München 1932/1935
- Stein, Friederich : Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band 1, Tübingen, 1911
- Stein-Jonas-Schönke-Pohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, Tübingen, Band 1 1953, Band 2 1956; 19. Auflage im Erscheinen, 1964ff
- Sydow-Busch-Krantz-Triebel: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 22. Auflage, Berlin 1941
- Thomas-Putzo : Zivilprozeßordnung mit Nebengesetzen, 3. Auflage, München-Berlin 1968

- Tschischgale, Max : Die Kosten bei Hilfsbegehrr und
Eventualbegründung, in Neue Ju-
ristische Wochenschrift 1962,
S. 2134ff
- Volkmar, Erich : Der Wechsel der Parteien im Zi-
vilprozeß im Lichte der neueren
Praxis, in Zeitschrift der Aka-
demie 1936, S. 101ff
- Wach, Adolf : Handbuch des Deutschen Zivil-
prozeßrechts, Band 1, Leipzig 1885
- Wieczorek, Bern- Großkommentar zur Zivilprozeß-
hard: ordnung, Berlin 1957/58
- Wilckens, Uwe : Grenzen der Klageänderung durch
Parteiwechsel, in Monatsschrift
für Deutsches Recht 1957, S. 207f
- Zöller, Richard : Kommentar zur Zivilprozeßord-
nung, 10. Auflage, München 1968

Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche
der Zivilprozeßordnung.

E I N L E I T U N G

§ 1 ABGRENZUNG UND EINTEILUNG DER FÄLLE DER GEWILL- KÜRTEN PARTEIÄNDERUNG

Unter dem Begriff der Parteiänderung faßt die Prozeßrechtswissenschaft eine Reihe von Fällen zusammen, in denen auf Grund Gesetzes oder durch einen Akt der Parteien entweder ein Dritter einen Rechtsstreit übernimmt (Parteiwechsel) oder neben eine Partei eine weitere Person in den Rechtsstreit tritt (Parteibeitritt oder auch nachträgliche Parteienhäufung).

Ein Rechtsstreit wird durch die daran beteiligten Personen individualisiert. Aus diesem Grund müssen die Personen, welche ihn begonnen haben, ihn grundsätzlich auch zu Ende führen. Von dieser Regel läßt das Gesetz aber eine ganze Reihe von Ausnahmen zu. So tritt in gewissen Fällen unter bestimmten Voraussetzungen ein Parteiwechsel kraft gesetzlicher Vorschrift ein, ohne daß es dabei auf den Willen eines der Beteiligten ankommt (z.B. nach § 239 tritt der Erbe in den Rechtsstreit, ohne daß irgend eine Person gefragt wird). Außerdem kennt das Gesetz Fälle, in denen eine Parteiänderung zwar nicht allein auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erfolgt, sondern in denen es den Beteiligten freisteht, ob sie einen Parteiwechsel herbeiführen wollen (z.B. nach § 265 kann der Rechtsnachfolger den Prozeß des Vorgängers bei Einverständnis der Beteiligten übernehmen). Diese beiden Gruppen von Fällen faßt man unter dem Begriff der gesetzlich geregelten Parteiänderung zusammen.

Neben diesen gesetzlich geregelten Fällen haben Rechtswissenschaft und Praxis seit Bestehen der Zivilprozeßordnung in einer ganzen Reihe von Fäl-

len eine Parteiänderung zugelassen, obwohl das Gesetz eine solche hier nicht vorsah (gewillkürte Parteiänderung).

Hinsichtlich der gewillkürten Parteiänderung werden vier Fallgruppen unterschieden, die wegen ihrer großen Verschiedenheit in Voraussetzungen und Wirkungen jeweils eine gesonderte Betrachtung erfordern. Es gibt Fälle, in denen an die Stelle einer Partei eine andere treten soll (Parteiwechsel), und Fälle, in denen neben die bisherige Partei eine weitere Person treten soll (Parteibeitritt). Innerhalb des Parteiwechsels unterscheidet man den Klägerwechsel, wenn an die Stelle des bisherigen Klägers ein neuer treten soll, und den Beklagtenwechsel, wenn an die Stelle des bisherigen Beklagten eine andere Person treten soll. Der Parteibeitritt wird entsprechend in den Klägerbeitritt, d.h. den Beitritt eines weiteren Klägers neben den bisherigen, und den Beklagtenbeitritt, d.h. die Hereinziehung eines weiteren Beklagten neben den bisherigen, unterteilt.

Die Parteiänderung ist von der Parteiberichtigung zu unterscheiden. Bei der Parteiänderung hat eine Prozeßpartei entweder ihre eigene oder die Sachlegitimation einer anderen Person falsch beurteilt. Aus diesem Grunde ist eine Ersetzung der bisherigen Partei durch eine andere oder die Hereinziehung einer weiteren Person neben die bisherige notwendig, um den Fehler zu beseitigen. Bei der Parteiberichtigung handelt es sich dagegen um die Richtigstellung einer Parteibezeichnung, ohne daß dadurch die Identität der gewollten Partei irgendwie beeinträchtigt wird. Der Kläger hat in einem Fall der Parteiberichtigung nur gegen diese bestimmte Person klagen wollen. Er hat sie auch in den Rechtsstreit hineingezogen. Allerdings ist die Bezeichnung dieser Person nicht richtig gewählt worden. Es ist zum Beispiel denkbar, daß der Kläger

Vorname, Beruf oder Wohnung des Beklagten falsch angegeben hat und er diesen Fehler nachträglich berichtigen will. Eine solche Berichtigung ist im allgemeinen formlos möglich¹ und soll uns hier nicht weiter beschäftigen. Festzustellen bleibt allerdings, daß im Rahmen der Parteiberichtigung nur eine Verbesserung der Parteibezeichnung möglich ist. Will eine Partei dagegen an Stelle einer falschen eine andere Person in den Rechtsstreit ziehen, so ist das nur nach den Regeln über die Parteiänderung, nicht aber durch Berichtigung der Parteibezeichnung möglich.² Es ist also in jedem Fall zu prüfen, ob die Partei nach der Berichtigung noch die gleiche ist wie vorher. Ist das nicht der Fall, soll also mit der neuen Bezeichnung auch eine neue Person als Partei in den Rechtsstreit eingeführt werden, so liegt keine Parteiberichtigung, sondern eine Parteiänderung vor.

Während die Diskussion um die Fälle der gesetzlichen Parteiänderung heute weitgehend abgeschlossen ist, ist die Regelung der gewillkürten Parteiänderung noch hart umstritten. Obwohl praktisch schon seit Bestehen der Zivilprozeßordnung von 1877 das Problem der gewillkürten Parteiänderung bekannt ist, ist es bis heute nicht gelungen, für diese Frage eine Lösung zu finden, die den Beifall der Praxis und der Rechtslehre gefunden hätte. Auch die letzten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zu diesem Thema zeigen, wie unklar die Situation hin-

- 1.) Allg. M. vgl. u. a. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ vor § 50 III 1; Baumbach-Lauterbach § 268, 2 B; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 40 III (S. 170)
- 2.) Ganz h. M. vgl. u. a. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ vor § 50 III 1; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 40 III (S. 170); zur Abgrenzung siehe auch Bull, Prozeßhilfen S. 24 und DRiZ 1956, 180; OLG Celle OLGZ 1967, 310

sichtlich der gewillkürten Parteiänderung noch ist. In seiner Entscheidung vom 13.7.1956³ ist der BGH für eine Parteiänderung in der Berufungsinstanz von der bis dahin vertretenen Klageänderungstheorie abgewichen und hat sich der Meinung de Boors angeschlossen. Das wurde von der Rechtslehre allgemein begrüßt,⁴ denn es wurde angenommen, der BGH wolle damit seine Ansicht aufgeben und sich nunmehr der Meinung de Boors anschließen. In seinem Urteil vom 29.11.1961⁵ folgte der BGH dann zwar ebenfalls de Boor, hob jedoch hervor, daß die Parteiänderung grundsätzlich wie eine Klageänderung zu behandeln sei.⁶ In der Entscheidung vom 17.10.1963⁷ stellte er dann endgültig klar, daß er die Parteiänderung doch nach wie vor als Klageänderung behandelt wissen wollte und die Entscheidung vom 13.7.1956 kein Abweichen, sondern nur eine Modifizierung dieser Ansicht bedeuten sollte.

Der kürzlich von der Kommission zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit herausgegebene Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung dürfte ebenfalls Anlaß geben, das Problem der gewillkürten Parteiänderung erneut zu überdenken. Dort wird eine gesetzliche Regelung des Vorgangs vorgeschlagen.⁸

Anliegen dieser Arbeit ist es, die gesetzlich nicht geregelten Fälle der Parteiänderung zu untersuchen und zur Klärung der damit verbundenen Fragen beizutragen.

3.) BGHZ 21, 285 ff

4.) Vgl. u. a. Lent JZ 1956, 762 f; Bötticher MDR 1958, 330 f; Rosenberg ZRP 70, 1 ff; Gelhaar LM § 264 ZPO Nr. 10

5.) NJW 1962, 633 ff

6.) a. a. O. S. 635

7.) BGHZ 40, 185 ff, 189

8.) Entwurf §§ 271-274, 530, 566

§ 2 DIE BISHER IN DER RECHTSPRECHUNG AUFGETRETENEN FÄLLE EINER GEWILLKÜRTE PARTEIÄNDERUNG

Die Rechtsprechung hat im Laufe der neun Jahrzehnte des Bestehens der Zivilprozeßordnung in einer Vielzahl von Entscheidungen zum Problem der gewillkürten Parteiänderung Stellung genommen. Um einen Überblick darüber zu gewinnen, welche Rolle die gewillkürte Parteiänderung in der Praxis spielt und gespielt hat, und um eventuell zwischen den einzelnen Fällen bestehende Gemeinsamkeiten aufzudecken, werden die bisher veröffentlichten Entscheidungen im Folgenden kurz dargestellt. Dabei beschränkt sich die Untersuchung zunächst darauf, festzustellen, wie weit sich die Fälle durch die Parteiänderung im Hinblick auf den Streitgegenstand und die den Rechtsstreit führenden Personen rein tatsächlich verändert haben. Die rechtliche Würdigung der einzelnen Vorgänge wird dagegen zunächst zurückgestellt.

1. Folgende Fälle eines Parteiwechsels sind aufgetreten:

a) Klägerwechsel:

RG JW 1887, 271⁵: Es klagte die Gemeinde Quickborn, vertreten durch den Gemeindevorsteher und einige andere Personen gegen den Beklagten. Später sollte die Klage auf den von den gleichen Personen vertretenen Jagdbezirk Quickborn umgestellt werden.

Hier tritt offensichtlich nur insoweit eine Änderung ein, als der gleiche Anspruch nunmehr von der selben Personengemeinschaft allerdings für den Jagdbezirk an Stelle der Gemeinde geltend gemacht werden soll.

RGZ 66, 415 (=JW 07, 843): Ein Kaufmann klagte unter dem Namen seiner früheren Firma (OHG) gegen einen

Lotterieeeinnehmer auf Auszahlung eines Gewinnes. Vor Klageerhebung war die Firma auf einen Dritten übergegangen. In der Berufungsinstanz wollte der Kläger, der den Gewinn für sich persönlich beanspruchte, den Rechtsstreit selbst übernehmen.

In diesem Fall geht es nach wie vor um die Auszahlung des Lotteriegewinnes, die aber nunmehr nicht an die OHG, sondern an den Kaufmann persönlich erfolgen soll.

RG Seuff 66, 172: Ein Kaufmann hatte das gesamte Vermögen einer AG übernommen, die daraufhin im Handelsregister gelöscht worden war. Die AG hatte gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch wegen eines Schiffszusammenstoßes. Der Kaufmann erhob Klage auf Zahlung für die AG. Als sich herausstellte, daß die AG nicht mehr bestand, stellte er die Klage auf sich persönlich um.

An Stelle der nicht mehr existierenden AG macht nun der Vermögensübernehmer den Schadensersatzanspruch geltend.

RGZ 157, 369: Im Grundbuch war ein Grundstück, das mit einer Grundschuld belastet war, auf den Namen einer OHG eingetragen. Der Gläubiger betrieb die Zwangsvollstreckung. A, der frühere persönlich haftende Gesellschafter der OHG, der das Gesellschaftsvermögen nach Auflösung der OHG übernommen hatte, erhob in deren Namen gegen den Gläubiger Vollstreckungsgegenklage. Als sich herausstellte, daß die OHG nicht mehr bestand, stellte er die Klage auf sich persönlich um.

Der Fall liegt fast so wie der vorhergehende. Der Anspruch bleibt gleich, während nur der Berechtigte (OHG bzw. persönlich haftender Gesellschafter) wechselt.

RGZ 160, 204: Der Widerkläger, ein Angestellter des Nebenintervenienten, hatte vor Jahren mit der wider-

beklagten Firma umfangreiche Kohlengeschäfte abgeschlossen. Er war der Meinung, die Widerbeklagte sei vertragsbrüchig geworden und schulde ihm Schadensersatz. In der Revisionsinstanz stellte sich heraus, daß der Widerkläger die Geschäfte für seinen Prinzipal, den Nebenintervenienten abgeschlossen hatte. Nunmehr wollte dieser an die Stelle des Widerklägers treten.

Auch hier geht es vor und nach dem Parteiwechsel um die Frage des Schadensersatzes wegen eines Verstoßes gegen einen bestimmten Vertrag. An die Stelle des Angestellten soll sein auch bisher schon am Verfahren beteiligter Prinzipal treten.

OGHZ 4,51: Eine Bank klagte gegen einen ihrer Kunden auf Rückzahlung zweier Kredite. Als sich im Prozeß herausstellte, daß für das betroffene Vermögen der Bank ein Custodian (Partei kraft Amtes) bestellt war, wollte dieser den Rechtsstreit übernehmen.

Wieder ändert sich der Anspruch von seiner objektiven Seite nicht. Mit dem Custodian tritt lediglich eine neue Person auf, die den Rechtsstreit an Stelle der Bank fortsetzen soll.

BGH NJW 1955,667: Der alleinige Geschäftsführer einer GmbH und gleichzeitiger Gesellschafter erhob persönlich Klage gegen einen anderen Gesellschafter auf dessen Ausschließung aus der GmbH. Nachdem er festgestellt hatte, daß eine solche Klage von der GmbH erhoben werden muß, stellte er die Klage entsprechend um.

BGHZ 16,317: Bei einer Zweimann-GmbH erhob der eine Gesellschafter gegen den anderen eine Ausschlussklage. In der Berufungsinstanz änderte er die Klage dahin, daß nunmehr die GmbH, vertreten durch ihn, die Ausschließung des Beklagten verlange.

In beiden Fällen haben die Gesellschafter verkannt,

daß die Ausschließungsklage von der GmbH zu erheben ist. Dieser Fehler soll berichtigt werden. Da die jeweils klagenden Gesellschafter für die GmbH geschäftsführungsbefugt waren, ging der Rechtsstreit nach dem Parteiwechsel unter denselben Personen über dieselben rechtlichen und tatsächlichen Fragen weiter.

OLG Celle, Seuff 53, 131: Von einem Kaufmann wurde Klage im Wechselprozeß auf Bezahlung eines Wechsels erhoben. Als sich herausstellte, daß eine OHG, an der der Kläger beteiligt war, Gläubigerin der Wechselforderung war, stellte der Kläger im Nachverfahren die Klage auf die OHG um.

Die Forderung stand demnach nicht dem Kläger, sondern der OHG zu. Aus diesem Grunde führte der Kläger den Rechtsstreit nunmehr für die OHG fort.

OLG Braunschweig, OLG 17, 147: Eine Stadtgemeinde betrieb eine Brauerei. Sie klagte als Stadtgemeinde, vertreten durch den Magistrat, eine Forderung der Brauerei ein. Als sich herausstellte, daß die Brauerei ein selbständiges Rechtssubjekt war, wurde die Klage auf die Brauerei umgestellt.

In diesem Fall geht es nach wie vor um die Forderung der Brauerei. Es soll lediglich der Mangel der Aktivlegitimation behoben werden.

OLG Rostock, OLG 20, 312: Ein Gutsbesitzer hatte mit dem Beklagten einen Vertrag geschlossen. Später hatte er sein Gut an seinen Sohn verpachtet, der auch in den Vertrag eingetreten war. Aus Versehen erhob ein von dem Sohn beauftragter Anwalt für den Gutsbesitzer Klage auf Erfüllung einer der Vertragspflichten. Als das Versehen entdeckt wurde, wollte der Sohn den Rechtsstreit übernehmen.

OLG München, LZ 1927, 1562: Der minderjährige Sohn des Klägers hatte bei einem Verkehrsunfall einen Schaden erlitten. Sein Vater erhob im eigenen Namen Klage auf Schadensersatz. Später stellte er

die Klage auf seinen Sohn, gesetzlich vertreten durch ihn, um.

In beiden Fällen hatte der Anwalt bzw. der Vater die Sachlegitimation falsch beurteilt. Daher war eine Umstellung der Klage vom Vater auf den Sohn notwendig. Sachlich ging es aber weiter um dieselben Fragen. Auch die den Rechtsstreit tatsächlich führenden Personen änderten sich nicht.

OLG Stuttgart, HRR 1935, 289: Der Kläger war zunächst Verwalter im Konkursverfahren über das persönliche Vermögen der beiden Gesellschafter einer OHG. Als solcher focht er mit der Klage einen von der OHG mit dem Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrag an. Später wurde auch über das Vermögen der OHG der Konkurs eröffnet und der Kläger zum Verwalter bestellt. Nunmehr wollte er die Klage auf die OHG umstellen.

Die Änderung beschränkt sich darauf, daß der Konkursverwalter das Recht zunächst im Konkurs der Gesellschafter später im Konkurs der Gesellschaft geltend machte.

OLG Karlsruhe, HRR 1936, 1367: Eine Witwe und deren Kinder hatten einen Schadensersatzanspruch aus § 844 BGB auf Zahlung einer Rente. Die Mutter klagte ursprünglich die Rente für sich und die Kinder im eigenen Namen ein. Später machte sie die auf die Kinder entfallenden Anteile in deren Namen geltend.

Die den Rechtsstreit führenden Personen sowie die sachlichen Fragen bleiben dieselben. Allerdings werden die Ansprüche nunmehr richtig aufgeschlüsselt. Soweit sie den Kindern zustehen, treten diese, vertreten durch ihre Mutter, in den Rechtsstreit.

OLG Köln, HRR 1941, 388: Der Kläger hatte der Beklagten Geschäftsräume vermietet. Er erhob Klage auf Zahlung von Mietrückständen. Nachdem gegen den Kläger die Zwangsverwaltung des Hausgrundstückes ein-

geleitet worden war, trat der Zwangsverwalter für ihn in den Rechtsstreit, obwohl er für die Geltendmachung der Klageforderung nicht legitimiert war. Es handelte sich nämlich um eine Mietforderung, die länger als ein Jahr vor der Beschlagnahme des Grundstücks fällig geworden war (§ 152 ZVG, § 865 ZPO, § 1123 BGB). In der Berufungsinanz trat, nachdem die Zwangsverwaltung aufgehoben und der Irrtum entdeckt war, der Kläger wieder selbst in den Rechtsstreit.

Hier ging es unabhängig von dem Parteiwechsel um die Bezahlung bestimmter Mietzinsrückstände. Unklar war lediglich die Frage nach dem richtigen Kläger.

OLG Braunschweig, NJW 1947/48, 486: Eine Firma stand mit dem Beklagten in Geschäftsverbindung. Hieraus klagte sie eine Forderung ein. Durch Rechtssetzungsakt der Besatzungsbehörden ging das Vermögen auf das Land Sachsen über. Das Land wollte den Rechtsstreit übernehmen.

Die Veränderung beschränkt sich auch in diesem Fall darauf, daß die klagende Partei ausgewechselt wird, während es sachlich weiter um dieselben Fragen geht.⁹

LG Stuttgart, ZZP 74, 131: Der Vater zweier minderjähriger Kinder hatte mit dem Beklagten einen Untermietvertrag abgeschlossen. Weil ihr Vater seit Jahren abwesend war, klagten die Kinder, vertreten durch ihren Vormund, auf Aufhebung des Mietverhältnisses und Räumung der Wohnung. Als der Vater zurückkehrte, wollte er den Rechtsstreit übernehmen.

Die Veränderung beschränkt sich darauf, daß der Vater die Räumungsklage seiner Kinder übernimmt.

Zusammenfassend läßt sich für die veröffentlichten

9.) Hier könnte eventuell auch ein Fall nach § 265 angenommen werden. Das OLG lehnte das jedoch mit dem Hinweis ab, es liege keine Rechtsnachfolge vor.

Fälle des Klägerwechsels feststellen, daß in den meisten Entscheidungen die durch den Parteiwechsel eintretenden Veränderungen nicht sehr groß sind. Die Fälle weisen vielmehr vor und nach der Parteiänderung ziemlich große Gemeinsamkeiten auf.

Beim Klägerwechsel ist es fast immer so, daß trotz der Parteiänderung die Person, welche den Rechtsstreit tatsächlich führt, dieselbe bleibt. In den meisten Fällen hat der Kläger für sich persönlich einen Anspruch eingeklagt, während das Recht in Wirklichkeit der von ihm ebenfalls vertretenen Interessengemeinschaft, Handelsgesellschaft, seinen minderjährigen Kindern usw. zusteht. Oder der Fall liegt umgekehrt, daß der für eine OHG, KG usw. geltend gemachte Anspruch dem Kläger persönlich zusteht.

Unter allen bisher veröffentlichten Fällen des Klägerwechsels sind eigentlich nur vier, in denen eine bisher nicht am Verfahren beteiligte Person den Rechtsstreit fortführt.¹⁰

In fast allen Fällen sind darüberhinaus die Streitgegenstände vor und nach dem Wechsel sehr ähnlich. Meistens macht der Kläger nunmehr dieselbe Forderung, lediglich für ein anderes Vermögen, geltend.

Ein Fall, in dem die Streitgegenstände über die subjektive Seite hinaus erheblich voneinander abwichen, ist bisher nicht veröffentlicht worden.

b) Beklagtenwechsel:

RGZ 49, 376: Der Kläger verlangte von der in einem Wechsel genannten Ausstellerin: "Elektrische Kleinbahn im Mansfelder Bergrevier: Betriebsdirektion E.F." Zahlung. In der Verhandlung stellte sich heraus, daß die Beklagte nur eine unselbständige Abteilung einer Firma K & Co war und sich mangels

10.) RGZ 160, 204; OGHZ 4, 51; OLG Braunschweig NJW 1947/48, 486; OLG Köln HRR 1941, 388

eigener Rechtspersönlichkeit nicht verpflichten konnte. Daraufhin stellte der Kläger die Klage auf F persönlich um und stützte sie darauf, daß F das Akzept unbefugt abgegeben habe und daher persönlich hafte.

Hier liegt eine sehr erhebliche Veränderung des gesamten Rechtsstreits vor. An die Stelle der verklagten unselbständigen Abteilung der Kleinbahn soll der bisher am Verfahren noch nicht beteiligte ungetreue Angestellte treten. Auch der geltend gemachte Anspruch (einerseits das Recht aus dem Wechsel, andererseits der Anspruch gegen den falsus procurator) unterscheidet sich vor und nach dem Wechsel erheblich.

RGZ 66, 240: Der Kläger war der einzige persönlich haftende Gesellschafter einer Aktienkommanditgesellschaft. Er klagte sein Gehalt gegen die Gesellschaft ein. Das Berufungsgericht war der Meinung, daß der Kläger als der einzige gesetzliche Vertreter der verklagten Gesellschaft die Klage gegen diese nicht wirksam erheben könne, weil zwischen den gesetzlichen Vertretern der beiden Parteien oder zwischen der einen Partei und dem gesetzlichen Vertreter der anderen keine Personeneinheit bestehen dürfe. Daraufhin richtete der Kläger seinen Anspruch gegen die Gesamtheit der Kommanditisten, vertreten durch den Aufsichtsrat.

Es geht auch nach dem Parteiwechsel um die Bezahlung des Gehaltes auf Grund des bestimmten Arbeitsverhältnisses. Der Beklagte wurde lediglich gewechselt, um einen Insichprozeß zu vermeiden.

RG JW 1908, 44²⁰: In einem Rechtsstreit der Stadtgemeinde Berlin gegen den preußischen Fiskus, vertreten durch die Charité, stellte sich heraus, daß die Charité eigene Rechtspersönlichkeit besaß. Daraufhin stellte der Kläger die Klage auf die Charité um.

Die Änderung erschöpft sich darin, daß der Vertreter des Fiskus, nämlich die Charité, selbst zum Beklagten gemacht wird.

RGZ 119, 193: Zwischen mehreren Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden herrschte Streit über den Abschluß eines Tarifvertrages. Die Arbeitgeberverbände verklagten zunächst sechs Arbeitnehmerverbände mit dem Antrag, festzustellen, daß zwischen ihnen eine näher bezeichnete Vereinbarung nicht getroffen worden sei. Im Laufe des Berufungsverfahrens bezeichneten die Klägerinnen die Zentralverbände der beklagten Unterverbände als die richtige Partei.

Hier werden an die Stelle der Unterverbände die Zentralverbände der gleichen Organisation gesetzt. Die sachlichen Fragen ändern sich nicht.

BGHZ 21, 285: Die Klägerin war Eigentümerin eines Grundstückes. Auf dem Nachbargrundstück, das einem Treuhänder der Militärregierung unterstand und in dessen Auftrag von einem Dritten verwaltet wurde, stürzte eine Brandmauer ein. Hierdurch entstand auf dem Grundstück der Klägerin ein Schaden. Die Klägerin nahm zunächst den Treuhänder in Anspruch. In der Berufungsinstantz stellte sie die Klage auf den Treuhänder persönlich und den Verwalter um.

In diesem Fall liegt sowohl ein Beklagtenwechsel als auch ein Beklagtenbeitritt vor (Hineinziehung des Verwalters). Soweit ein Beklagtenwechsel gegeben ist, ist die vorgenommene Änderung nicht so geringfügig wie in den vorangegangenen Fällen. Mit der Umstellung der Klage auf den Treuhänder persönlich ist auch ein erheblicher neuer Sachvortrag verbunden, denn seine persönliche Haftung ist nur dann begründet, wenn ihn ein Verschulden für den eingetretenen Schaden trifft.

BGH LM § 264 ZPO Nr. 14/15: Der Kläger verklagte zunächst eine KG. Später stellte sich heraus, daß

diese Gesellschaft ihr Unternehmen verpachtet hatte. Sie hatte damit als KG aufgehört zu bestehen. Nach der Verpachtung hatte sie zunächst als BGB-Gesellschaft lediglich ihre Vermögenswerte verwaltet. Nach Beendigung der Pacht führte sie das Unternehmen als KG mit den gleichen Gesellschaftern weiter. Da dadurch die alte KG nicht wieder aufgelebt war, sondern eine neue entstanden war, sollte diese nun in den Rechtsstreit eintreten.

Der Kläger wollte eine bestimmte KG in Anspruch nehmen, hatte dabei aber die falsche Gesellschaft gewählt. Diese bestand zwar ebenfalls aus den fraglichen Personen, war aber insoweit nicht passiv-legitimiert. Dieser Fehler sollte berichtigt werden.

OLG Jena, Seuff 52, 32: Von einem Bankier wurde die Herausgabe eines Sparkassenbuches verlangt. Als sich herausstellte, daß der Beklagte nicht persönlich Besitzer des Buches war, stellte der Kläger seine Klage auf das Bankinstitut, eine OHG, an der der Beklagte beteiligt war, um.

OLG Dresden, OLG 13, 133: Der Kläger hatte mit dem Beklagten ein Handelsgeschäft abgeschlossen. Er klagte eine auf Grund dessen bestehende Forderung ein. Nach Erhebung der Klage erfuhr er, daß der von ihm Verklagte Gesellschafter einer OHG war und die Forderung gegen die OHG bestand. Nunmehr wollte er die Klage umstellen.

OLG Hamburg, OLG 30, 127: Der Kläger verlangte von einem Zwangsverwalter persönlich die Zustimmung zur Herausgabe eines Betrages, den dieser für die Zwangsverwaltungsmasse beanspruchte. Später wollte er die Klage auf den Verwalter in seiner Eigenschaft als Verwalter umstellen.

In diesen drei Fällen beschränkt sich die Veränderung darauf, daß nunmehr die richtige Person in Anspruch genommen werden soll. In den beiden ersten Fällen wird an Stelle des Gesellschafters einer

OHG die Gesellschaft selbst verklagt.Im letzten soll zwar die gleiche Person,nunmehr aber in ihrer Eigenschaft als Zwangsverwalter,den Rechtsstreit fortsetzen.Sachlich geht es im wesentlichen um die schon vor dem Parteiwechsel anstehenden Fragen.

OLG Hamburg,Seuff 71,374: Der Kläger richtete seine Klage zunächst gegen die "Verpflegungsstelle des Kriegsgefangenenlagers Halbe GmbH".Als er später feststellte,daß diese GmbH nicht eingetragen war und daher als solche nicht bestand,stellte der Kläger seine Klage auf den angeblichen Geschäftsführer der GmbH,mit dem er den Vertrag geschlossen hatte,um.

Die Veränderung in diesem Fall ist schwerwiegender als in den vorhergehenden.Zwar geht es immer noch um das gleiche Geschäft,aber an die Stelle der nicht existierenden GmbH tritt der handelnde Geschäftsführer.Deshalb ist ein anderer Sachverhalt und eine neue Anspruchsgrundlage heranzuziehen.

OLG Stettin,OLG 41,268: Der Kläger machte eine Forderung gegen einen Räuchereibesitzer geltend. Als sich herausstellte,daß dessen Sohn Eigentümer der Räucherei war,stellte er die Klage auf diesen um.Später wollte er wieder den Vater in Anspruch nehmen,da er doch der richtige Verpflichtete sein sollte.

OLG Neustadt,VersR 1955,668: Der Kläger hatte auf einer Brücke einen Verkehrsunfall erlitten.Er klagte seinen Schaden gegen die Bundesrepublik, vertreten durch das Land Rheinland-Pfalz,dieses vertreten durch den Leiter der Straßenverwaltung Rheinland-Pfalz,Direktion K ein und behauptete eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht. Nachdem sich herausgestellt hatte,daß dem Land die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich der Brücke oblag,stellte er die Klage in der Berufungsinstanz auf das Land um.

OLG Düsseldorf, Büro 1955, 149 (=Anw.Bl. 1955, 86):

Die Klägerin verlangte als Witwe eines verstorbenen Polizeiwachtmeisters die Zahlung eines Witwengeldes. Sie hatte zunächst das Land Nordrhein-Westfalen verklagt. Das Land bestritt seine Sachbefugnis und bezeichnete den Polizeiausschuß in Solingen als Dienstherrn. Die Klägerin stellte daraufhin die Klage entsprechend um. Schließlich wurden die einschlägigen Gesetze während des Rechtsstreits dahin geändert, daß das Land die Versorgung übernahm. Nunmehr stellte die Klägerin die Klage wieder auf das Land um.

OLG Düsseldorf, MDR 1957, 238: Die Klägerin hatte sich in einem Krankenhaus einer Operation unterzogen. Sie leitete aus der Behandlung einen Schadensersatzanspruch her und nahm deshalb den behandelnden Arzt und die in Betracht kommende Stadtgemeinde als Trägerin des Krankenhauses in Anspruch. Nachdem sich herausgestellt hatte, daß die Stadt nicht Trägerin war, das Krankenhaus vielmehr eigene Rechtspersönlichkeit hatte, zog sie statt dessen das Krankenhaus in den Rechtsstreit.

OLG Frankfurt, MDR 1964, 330: Der Kläger hatte die "Aufbau A.G.", eine Gesellschaft, die von einer Stadtgemeinde zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gegründet worden war und deren alleinige Aktionärin die Stadt war, verklagt. Als sich herausstellte, daß sich der Anspruch des Klägers gegen die Stadt selbst richtete, stellte er die Klage entsprechend um.

Diesen letzten fünf Fällen ist gemeinsam, daß der Kläger jeweils die Passivlegitimation des Beklagten falsch beurteilt hat. In Wirklichkeit war nicht der von ihm verklagte Vater, sondern der Sohn, nicht die genannte öffentlich-rechtliche Körperschaft, sondern eine andere die richtige Partei. Darüberhinaus änderte sich jedoch der Streitgegenstand in all diesen Fällen nicht.

OLG Köln,OLGZ 1965,46: Der Klägerin stand gegen den Beklagten eine Kaufpreisforderung zu.Vor Beginn des Rechtsstreits hatte ein Dritter durch Vertrag mit dem Beklagten die Schuld übernommen. Die Klägerin genehmigte die Übernahme während des Rechtsstreits und stellte die Klage dann auf den Dritten um.

Hier liegt eine stärkere Veränderung als in den vorausgehenden Fällen vor.Es tritt nicht nur eine völlig neue Person in den Rechtsstreit,sondern auch der geltend gemachte Anspruch wird erheblich verändert,denn es geht nunmehr um die Rechte aus der Abtretung.

Der Fall ähnelt im übrigen den in § 265 geregelten sehr,fällt jedoch nicht unter diese Norm,da keine Rechtsnachfolge während der Rechtshängigkeit vorliegt.Die Genehmigung wirkt zurück.

OLG Köln,MDR 1966,1009: Der Kläger machte eine Forderung gegen einen Bauunternehmer geltend.Als sich herausstellte,daß ihm die Forderung gegen eine Firma zustand,deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagte war,stellte er die Klage auf die Firma (ihre Rechtsform ist nicht.näher bekannt) um.

Die Veränderung beschränkt sich darauf,daß der Beklagte den Rechtsstreit über die fragliche Forderung nunmehr in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer seiner Firma fortsetzen wird.

Zusammenfassend bleibt festzustellen,daß die Verhältnisse beim Beklagtenwechsel etwas komplizierter als beim Klägerwechsel liegen.Beim Beklagtenwechsel haben wir es im wesentlichen mit Fällen zu tun,in denen durch den Wechsel eine völlig neue Person in den Rechtsstreit eingeführt wird, die an dem bisherigen Verfahren noch nicht beteiligt war.Fälle,in denen die bisher beklagte Person den Rechtsstreit lediglich für ein anderes

Vermögen weiter führt, sind dagegen seltener.¹¹

Die Streitgegenstände sind allerdings auch hier, ebenso wie beim Klägerwechsel, abgesehen von ihrer subjektiven Seite, im wesentlichen identisch.

Eine Ausnahme bildet lediglich der Fall RGZ 49, 376.¹² Dort liegt sowohl zur subjektiven als auch zur objektiven Seite hin ein völlig neuer Streitgegenstand vor.

2. Folgende Fälle eines Parteibeitritts haben die Rechtsprechung beschäftigt:

a) Klägerbeitritt:

RG Gruchot 27, 1089: Ein vermeintlicher Alleineigentümer hatte Klage auf Ersatz wegen Beschädigung seines Grundstückes erhoben. Als sich herausstellte, daß er nur Miteigentümer war, wollten die übrigen Miteigentümer beitreten.

RG Gruchot 40, 414: Eine Ehefrau hatte auf Schadensersatz geklagt. In der Berufungsinstanz trat der Ehemann dem Rechtsstreit bei, da der Anspruch beiden zusammen zustand.

RG JW 90, 111⁵: Dem Kläger und seiner Ehefrau stand gemeinsam ein Recht zu. Der Ehemann klagte zunächst alleine. Später wollte er das Recht auch als Vertreter seiner Frau geltend machen.

In diesen drei Fällen steht das eingeklagte Recht jeweils mehreren Personen gemeinschaftlich zu. Der Mangel in der Aktivlegitimation des Klägers soll durch den Beitritt beseitigt werden. Im übrigen ändert sich jedoch in dem Verfahren nichts.

RGZ 58, 248: Der Vater klagte einen Anspruch auf Grund der Auflösung der Verlobung seiner Tochter

11.) Vgl. BGH LM § 264 Nr. 14/15; OLG Jena Seuff 52, 32; OLG Hamburg OLG 30, 127; OLG Neustadt Vers R 1955, 668; OLG Köln MDR 1966, 1009

12.) Vgl. S. 11

ein.Später trat die Tochter zusätzlich in den Rechtsstreit und machte ebenfalls einen solchen Anspruch geltend.

In diesem Fall wird durch den Beitritt kein Mangel der Aktivlegitimation beseitigt.Die Tochter klagt vielmehr einen eigenen selbständigen Anspruch ein.Es ist allerdings vorteilhaft,die Sachen gemeinschaftlich zu behandeln,da die Ansprüche denselben Vorgang betreffen.

Kammergericht,OLG 5,25: Eheleute mieteten gemeinsam ein Restaurant,dessen Umsatz bei den Verhandlungen zu hoch angegeben worden war.Der Ehemann klagte deshalb gegen den Vermieter auf Herabsetzung des Mietzinses.Als sich herausstellte,daß die Eheleute gemeinschaftliche Mieter waren,trat die Frau dem Kläger bei.

OLG Königsberg,OLG 11,74: A und sein Sohn hatten gemeinschaftlich einen Pachtvertrag abgeschlossen. A klagte aus diesem Pachtvertrag.Der Beklagte wandte ein,A sei nicht allein aktivlegitimiert. Daraufhin wollte der Sohn beitreten.

In beiden Fällen soll lediglich die mangelnde Aktivlegitimation des Klägers beseitigt werden. Darüberhinaus ändert sich durch den Beitritt nichts.

Abschließend läßt sich sagen,daß die Fälle des Klägerbeitritts sehr große Gemeinsamkeiten aufweisen.

In fast allen veröffentlichten Entscheidungen steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch nur zusammen mit einem Dritten (häufig seiner Ehefrau) zu.Meist tritt daher eine Person hinzu,die mit dem bisherigen Kläger in enger Beziehung steht.

Die Änderung des Streitgegenstandes erschöpft sich im wesentlichen darin,daß nunmehr der glei-

che Gegenstand für beide verlangt wird. Lediglich in einem Fall¹³ macht der beitretende Kläger einen selbständigen Anspruch geltend, während der alte Kläger seinen bisherigen Anspruch weiterverfolgt.

b) Beklagtenbeitritt:

RG JW 07,713²³: Es war Klage gegen eine OHG auf Herausgabe der zu der Gesellschaft geleisteten Einlage erhoben worden. Die Klage wurde später auf einen Mitgesellschafter ausgedehnt.

RGZ 96,201: Es ging um das Erbrecht einer Ehefrau nach dem Tode ihres Mannes. Sie klagte ihre Rechte zunächst gegen die eingesetzte Alleinerbin ein. Später wollte sie die Klage auf den Testamentsvollstrecker erweitern.

RG Warn. 34,142: Der Gläubiger verlangte zunächst von dem Schuldner Zahlung. Später zog er auch noch den Bürgen in den Rechtsstreit.

RG JW 34,2615⁶: Der Kläger machte ursprünglich seinen Anspruch gegen einen Beklagten geltend. Später zog er eine weitere Person hinzu, die Streitgenosse der ersten war (§ 59).

BGH LM § 521 Nr.4/5: Der Berufungsbeklagte eines Haftungsprozesses wollte in zweiter Instanz im Wege der Widerklage gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Versicherer die Frage klären lassen, wie weit der Versicherer für den Schaden haftet.

BGHZ 21,285: Die Klägerin war Eigentümerin eines Grundstückes. Auf dem Nachbargrundstück, das einem Treuhänder der Militärregierung unterstand und in dessen Auftrag von einem Dritten verwaltet wurde, stürzte eine Brandmauer ein. Hierdurch entstand auf dem Grundstück der Klägerin ein Schaden. Die Klägerin verklagte zunächst den Treuhänder auf Schadensersatz. In der Berufungsinstanz stellte sie die Klage auf den Treuhänder persönlich um und zog

13.) RGZ 58,248 vgl. S. 18/19

den Verwalter zusätzlich in das Verfahren.¹⁴

BGH NJW 1961,1066: Es wurde zunächst eine Forderung gegen eine OHG eingeklagt.Nachdem diese in Konkurs gefallen war,erweiterte der Kläger seine Klage auf die einzelnen Gesellschafter.

All diesen Fällen ist gemeinsam,daß dem Kläger auf Grund Gesetzes oder Vertrages außer dem Beklagten noch eine weitere Person (Gesellschafter,Bürge, Versicherer usw.) haftet.Um gegen diese nicht einen gesonderten Rechtsstreit führen zu müssen, was durchaus möglich wäre,möchte der Kläger sie in das laufende Verfahren ziehen und damit die Rechtsverfolgung vereinfachen.Zwischen den alten Parteien ändert sich hierdurch nichts.

BGH NJW 1962,633: Es war Klage gegen einen Grundstücksnachbarn auf Duldung eines Notweges erhoben worden.Im Laufe des Berufungsverfahrens stellte sich heraus,daß der Beklagte nicht allein,sondern mit seiner Ehefrau Eigentümer des fraglichen Grundstücks war.Nunmehr wollte der Kläger auch die Ehefrau des Beklagten in den Rechtsstreit ziehen.

BGHZ 40,185: Die Klägerin verkaufte den Beklagten ihr Schreib- und Tabakwarengeschäft.Die Beklagten zahlten einen Teil des Kaufpreises.Später fochten sie den Kaufvertrag mit der Begründung an,sie seien von der Klägerin über den Wert des Geschäftes arglistig getäuscht worden.Die Klägerin klagte den Restkaufpreis im Urkundenprozeß erfolgreich ein.Im Nachverfahren erhoben die Beklagten Widerklage auf Schadensersatz gegen die Klägerin und zogen gleichzeitig zwei weitere Personen in den Rechtsstreit.Sie begründeten ihren Anspruch damit, sie seien von den Widerbeklagten im bewußten und gewollten Zusammenwirken arglistig getäuscht worden.

In diesen beiden Fällen steht der Anspruch dem

14.) Hier liegt sowohl ein Beklagtenwechsel als auch ein Beklagtenbeitritt vor.Vgl.S.13

Kläger nur gegen beide Beklagte gemeinschaftlich zu. Aus diesem Grunde soll die weitere Person hinzugezogen werden, ohne daß dadurch die sachlichen Fragen verändert werden.

OLG Dresden, OLG 2, 268: Der Kläger verklagte zunächst einen Gesellschafter einer OHG. Später richtete er seinen Anspruch auch gegen den anderen Gesellschafter und die von beiden gebildete OHG.

Hier werden wieder eine Person und eine Gesellschaft, die für den ursprünglich nur gegen den Beklagten eingeklagten Anspruch haften, zusätzlich in Anspruch genommen.

OLG Hamburg, OLG 33, 59: Der Kläger machte einen Anspruch gegen den Beklagten geltend. Im Laufe des Verfahrens stellte sich heraus, daß der Beklagte mit seiner Ehefrau Gesamtschuldner war. Daraufhin wollte der Kläger auch die Ehefrau in den Rechtsstreit ziehen.

OLG Nürnberg, BayJuMinBl 1953, 223: Ein Kind hatte beim Spiel an einer Futtermaschine einen Körperschaden erlitten. Es nahm zunächst den Bauern, in der Berufungsinstanz auch dessen Ehefrau, als gemeinschaftliche Eigentümer der Maschine auf Schadensersatz in Anspruch.

In den beiden letzten Entscheidungen haben wir es wieder mit Fällen zu tun, in denen der Beklagte mit einer anderen Person Gesamtschuldner ist. Der weitere Gesamtschuldner soll nunmehr in das Verfahren gezogen werden.¹⁵

- 15.) Die Rechtsprechung hat sich ferner in folgenden Fällen mit einer gewillkürten Parteiänderung beschäftigt: RG JW 1901, 650; E 33, 372; BGH NJW 1962, 347; 1966, 1028; LM § 264 Nr. 8; ZZP 68, 385; OLG Braunschweig, Seuff 48, 140; OLG Kassel, Seuff 48, 289; OLG München, BayJuMinBl 1958, 148; NJW 1966, 112; 1967, 1812; 1968, 848; OLG Saarbrücken, DRspr. IV (477), 166; OLG Stuttgart, ZZP 71, 273; LG Düsseldorf, MDR 1962

In den Fällen des Beklagtenbeitritts treten demnach die geringsten Veränderungen innerhalb der ganzen Parteiänderung auf.

Es überwiegen die Fälle, in denen der Kläger zwar die richtige Person verklagt hat, er nunmehr aber eine weitere Person, die für den Anspruch haftet (Bürge, Gesellschafter usw.), in den Rechtsstreit ziehen will. In all diesen Fällen ändert sich an dem ursprünglichen Streitgegenstand nichts. - Anders liegt es dann, wenn beide Beklagte nur gemeinschaftlich verpflichtet sind.¹⁶ Dann tritt eine Änderung des Streitgegenstandes insoweit ein, als der Kläger nach dem Beitritt verlangt, die Beklagten nunmehr gemeinschaftlich zu verurteilen.

Im Gegensatz zum Parteiwechsel kommt es beim Parteibeitritt nur sehr selten vor, daß die alte Partei berechtigt ist, den Rechtsstreit auch für die neue zu führen.¹⁷

Abschließend kann daher gesagt werden, daß in den meisten Fällen die Gemeinsamkeiten der Verfahren vor und nach der Parteiänderung überwiegen. Vielfach ist es so, daß die Parteien zwar geändert werden, die Personen, die den Rechtsstreit führen, aber trotzdem dieselben bleiben.

Der Streitgegenstand ändert sich häufig nur auf der subjektiven Seite (die neue Partei macht jetzt den bisherigen Anspruch für sich geltend). Allerdings gibt es auch Fälle, in denen sich der Streitgegenstand nicht nur in subjektiver, sondern auch in objektiver Hinsicht (die neue Partei macht einen erheblich veränderten Anspruch für sich geltend) ändert.

746; LG München, ZMR 1965, 21. Diese Entscheidungen scheiden bei der Untersuchung hier zunächst aus, da sie ohne Sachverhalt veröffentlicht wurden.

16.) Vgl. insbesondere BGH NJW 1962, 633 (S. 21)

17.) RG JW 90, 111⁵ (S. 18)

§ 3 BESTEHT EIN BEDÜRFNIS FÜR DIE ZULASSUNG
EINER GEWILLKÜRTE PARTEIÄNDERUNG ?

Vor der eigentlichen Untersuchung darüber, wie das Problem der gewillkürten Parteiänderung gelöst werden kann, steht die Frage, ob überhaupt ein Bedürfnis für die Zulassung einer Parteiänderung über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus besteht. Ist das nämlich nicht der Fall, so erübrigt es sich auch, eine Lösung für dieses Problem zu suchen.

Die meisten Autoren, welche sich mit der gewillkürten Parteiänderung befassen, erörtern diese Frage überhaupt nicht.¹⁸ Sie setzen das offensichtlich als selbstverständlich voraus. Die im vorausgegangenen Kapitel aufgeführten Entscheidungen zeigen, daß in der Rechtsprechung eine ganz erhebliche Anzahl von Fällen einer Parteiänderung aufgetreten ist. Bedenkt man, daß wahrscheinlich der größte Teil der Urteile nicht veröffentlicht worden ist, so ergibt sich, daß die Parteiänderung jedenfalls keine seltene oder gar außergewöhnliche Erscheinung im Zivilprozeß ist.

Die entschiedenen Fälle sind allerdings sehr verschieden voneinander. Die Frage, ob ein Bedürfnis für eine Parteiänderung besteht, kann daher nicht einheitlich, sondern nur nach gewissen Fallgruppen, geklärt werden.

Fassen wir zunächst die Fälle des Parteiwechsels ins Auge.¹⁹ Die Rechtsprechung hat folgende besonders typische Fälle entschieden: Der Kläger²⁰

- 18.) Eine Ausnahme macht insoweit nur Pohle S.138ff.
Gestreift wird die Frage noch von Nikisch §
114 I 3 (S.453) und Blomeyer § 115 III 2 (S.634)
- 19.) Vgl. die S.5-18 aufgeführten Fälle
- 20.) OLG Köln, MDR 1966, 1009 (vgl. S.17)

machte eine Forderung gegen einen Bauunternehmer geltend. Später stellte sich heraus, daß ihm der Anspruch nicht gegen den Beklagten persönlich zustand. Passivlegitimiert war vielmehr eine Firma, deren allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagte war. Der Kläger wollte nun die Klage auf die Firma umstellen, wobei der Antrag offensichtlich nur insoweit geändert werden sollte, als derselbe Gegenstand aus demselben Grund nicht mehr von dem Beklagten persönlich, sondern von der von ihm vertretenen Firma verlangt wurde. - Ein zweiter Fall:²¹ Die Klägerin verlangte von dem angeblichen Aussteller eines Wechsels, einer "Elektrischen Kleinbahn im Mansfelder Bergrevier: Betriebsdirektion E.F." Zahlung. In der Verhandlung stellte sich heraus, daß die Beklagte nur eine unselbständige Abteilung einer Firma K & Co war und sich mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht verpflichten konnte. Daraufhin stellte die Klägerin die Klage auf F persönlich um und stützte sie darauf, daß F das Akzept unbefugt abgegeben habe und daher persönlich wegen der Ausstellung hafte.

Besteht in den beiden Fällen ein Bedürfnis dafür, eine Parteiänderung zuzulassen? Diese Frage ist dann am einfachsten zu beantworten, wenn man klärt, was zu erreichen ist, wenn der Beklagtenwechsel vortreten geht. Im ersten Fall hat der Bauunternehmer den Rechtsstreit für sich persönlich geführt und soll ihn nun in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer einer Firma übernehmen, weil sich herausgestellt hat, daß die Firma der wahre Verpflichtete ist. Ist es der Firma nicht möglich, an Stelle ihres Geschäftsführers in den Prozeß zu treten, so muß der Kläger den Rechtsstreit mit dem Geschäftsführer persönlich beenden und anschließend in einem neuen Verfahren die gleichen Sach- und Rechtsfragen nochmals mit ihm in seiner Eigenschaft als Firmenvertreter behandeln. Hier könnte den Parteien

und dem Gericht doppelte Arbeit, Zeit und Geld erspart werden, wenn es gelingen würde, daß der Geschäftsführer den begonnenen Prozeß fortführen und die bisherigen Verfahrensergebnisse verwerten könnte. In einem solchen Fall besteht daher ein Bedürfnis, einen Parteiwechsel zuzulassen.

Zweifelhafter ist das in dem zweiten Fall. Dort haben die alte und die neue Partei nichts miteinander zu tun, denn die verklagte Firma scheidet aus dem Verfahren völlig aus. An ihre Stelle tritt der ungetreue Angestellte, der an der Prozeßführung bisher noch nicht beteiligt war. Auch die beiden Streitgegenstände sind erheblich verschieden voneinander. Während es nämlich im Verfahren gegen die Firma um deren Haftung wegen der Ausstellung eines Wechsels ging (Art. 9 WG), wird nunmehr gegen den Angestellten der Anspruch gegen den falsus procurator (Art. 8 WG) geltend gemacht. Damit hat sich der Klagegrund wesentlich geändert. In einem solchen Fall kann durch den Beklagtenwechsel nicht viel erreicht werden. Da die Streitgegenstände wenig miteinander zu tun haben, kann aus dem alten Rechtsstreit nicht viel für den neuen übernommen werden. Der Prozeß muß vielmehr im wesentlichen nochmals von vorne angefangen werden. Das gilt auch deshalb, weil der neue Beklagte bisher noch nicht am Verfahren beteiligt war und die Prozeßsituation daher zu wenig kennt. Allerdings sind Fälle wie der letzte in der Praxis seltener, denn auch der Kläger wird sich darüber klar sein, daß er, wenn er seine Klage auf einen anderen Beklagten umstellt und gleichzeitig einen völlig neuen Streitgegenstand einführt, aus dem alten Verfahren keine Vorteile für das neue ziehen kann.

Zumindest das erste Beispiel zeigt demnach einen Fall, in dem ein Bedürfnis für die Zulassung eines Beklagtenwechsels besteht. Aus dem Vergleich der beiden angeführten Beispiele ist zu ersehen, daß das

Bedürfnis umso größer ist, je mehr sich die Streitgegenstände des Rechtsstreits vor und nach dem Wechsel überschneiden. Ist darüberhinaus auch noch die Person, welche den Rechtsstreit vor und nach dem Wechsel führt, identisch, so erscheint es dringend geboten, die Wiederholung des gleichen Rechtsstreits zwischen denselben Personen (allerdings für eine neue Partei) zu verhindern und die Übernahme des Verfahrens zuzulassen.

Die letzteren Fälle faßt man unter dem Begriff des Interessevermögenswechsels^{21a} zusammen. Diese Bezeichnung ist darauf zurückzuführen, daß hier nur das Vermögen wechselt, für bzw. gegen welches der Anspruch geltend gemacht wird, während die Person, welche den Rechtsstreit führt, sowie das beanspruchte Recht sich nicht ändern. Ein Beispiel dafür ist der oben²² zitierte Fall der Klage gegen den Bauunternehmer. Während ursprünglich das Vermögen des Bauunternehmers in Anspruch genommen wurde, richtet sich nunmehr die Klage gegen das Vermögen der Gesellschaft. Der Beklagte ist aber als alleiniger geschäftsführungsbefugter Gesellschafter berechtigt, den Rechtsstreit auch für die Gesellschaft zu führen. Eine Veränderung tritt daher in diesem Fall nur insoweit ein, als nunmehr die gleiche Person, allerdings als Verwalter eines anderen Vermögens, in Anspruch genommen wird. Hier erscheint das Bedürfnis für einen Parteiwechsel besonders dringend.

Wie die oben aufgeführte Zusammenstellung der bisher veröffentlichten Entscheidungen zeigt, liegt in der Praxis die Mehrzahl der Fälle zwischen den beiden gewählten Beispielen. Fälle, in denen der Streitgegenstand vor dem Wechsel mit dem danach nichts zu tun hat, sind sehr selten. Häufig wechselt lediglich das Interessevermögen. Manchmal bringt der Parteiwechsel auch eine mehr oder weniger große Veränderung des Streitgegenstandes mit sich.

21a.) Vgl. hierzu insbesondere Henckel S. 245ff

22.) S. 24/25

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß grundsätzlich ein Bedürfnis für die Zulassung eines Beklagtenwechsels besteht. Ob er allerdings in allen denkbaren Fällen zugelassen werden soll oder, ob es notwendig ist, ihn in bestimmten Fällen zu verbieten, sowie die Frage, wo eine solche Grenze gezogen werden soll, bleibt einer späteren Untersuchung überlassen.²³

Die Interessenlage hinsichtlich des Klägerwechsels entspricht genau der des Beklagtenwechsels. Die denkbaren Fälle liegen wieder zwischen dem Interessevermögenswechsel (die prozeßführende Person bleibt dieselbe, sie macht den Anspruch allerdings nun für ein anderes, von ihr vertretenes Vermögen geltend) und dem völligen Wechsel von Kläger und Streitgegenstand. Ein Bedürfnis für eine Regelung besteht auch hier wenigstens für die Fälle des Interessevermögenswechsels und der sehr engen Verbundenheit der Streitgegenstände vor und nach dem Wechsel. Der alte Kläger kann dadurch der Abweisung seiner Klage entgehen. Der neue Kläger und der Beklagte können durch die Vorbereitung ihres Verfahrens in dem alten Teil schneller und billiger zu ihrem Recht gelangen. Auch das Gericht spart durch die Fortsetzung des bisherigen Prozesses Zeit und Arbeit.

Auch insoweit bleibt die Entscheidung darüber, ob und wo eine Grenze zwischen den zuzulassenden und nicht zu genehmigenden Fällen zu ziehen ist, zunächst zurückgestellt.²⁴ Für die weitere Untersuchung genügt die Feststellung, daß es Fälle gibt, die einer Lösung bedürfen.

Beim Parteibeitritt (Kläger- und Beklagtenbeitritt) sind die Fälle des notwendigen und des nützlichen Beitritts zu unterscheiden. Beim notwendigen Parteibeitritt hat sich im Laufe des Verfahrens herausgestellt, daß die ursprünglich allein klagende bzw.

23.) Vgl. § 14,5 (S.132) und § 5,5 (S.64)

24.) Vgl. § 5,5 (S.64)

verklagte Person nicht sachlegitimiert ist, sondern ihr der Anspruch nur zusammen mit einer anderen zusteht. Ein besonders anschauliches Beispiel enthält insoweit folgende Entscheidung:²⁵ Der Kläger hatte gegen einen Grundstücksnachbarn auf Duldung eines Notweges geklagt. Im Laufe des Verfahrens stellte sich heraus, daß der Beklagte nicht allein, sondern mit seiner Ehefrau Eigentümer des fraglichen Grundstücks war. Da die beiden Eheleute demnach notwendige Streitgenossen waren, konnte ihnen gegenüber die Entscheidung nur einheitlich ergehen.²⁶ In einem solchen Fall muß die Klage als unzulässig²⁶ abgewiesen werden, wenn es dem Kläger nicht gelingt, die andere Person in den Rechtsstreit zu ziehen, denn der Ehemann ist allein nicht berechtigt, den Anspruch geltend zu machen. Ist der Beitritt nicht möglich, so war die ganze bisher in dem Verfahren geleistete Arbeit umsonst.

Auch für den alten Beklagten ergeben sich aus dem Beitritt Vorteile. Seine Aussicht, die Abweisung der Klage zu erreichen, verringert sich zwar, aber er muß ohnehin damit rechnen, daß er von dem Kläger zusammen mit dem neuen Beklagten in einem weiteren Verfahren belangt wird, falls die Hereinziehung des neuen Beklagten nicht gelingt. Durch den Eintritt des neuen Beklagten erlangt der alte den Vorteil, daß die streitigen Fragen sofort entschieden und die bisherigen Prozeßergebnisse verwertet werden können. Die Beendigung des bisherigen Verfahrens und später ein neuer Rechtsstreit zusammen mit dem neuen Beklagten über die gleichen Fragen würde auch für ihn meistens einen Verlust von Zeit, Arbeit und Geld bedeuten.

Ganz gleich ist die Lage bei einem notwendigen Beitritt auf der Klägerseite. Auch hier kann der Kläger die Abweisung seiner Klage nur durch den Beitritt der weiteren Partei vermeiden und für alle Beteiligten sind Mühe, Zeit und Geld, die der

25.) BGH 36, 187 = NJW 1962, 633

26.) BGH a.a.O.; Rothe in Anm. zu LM Nr. 9 zu § 62 ZPO; Schwab, Festschrift für Lent S. 271 ff

bisherige Rechtsstreit erforderte, nur dann nicht verloren, wenn die Parteiänderung gelingt. Es besteht demnach in den Fällen des notwendigen Beitritts immer ein Bedürfnis für die Zulassung eines Parteibeitritts.

In den Fällen des nützlichen Beitritts ist der Kläger zwar für sich allein berechtigt gegen den Beklagten zu klagen, da der Beklagte für den fraglichen Anspruch allein passivlegitimiert ist. Er kann jedoch aus anderen Gründen ein Interesse daran haben, eine weitere Person in den Rechtsstreit zu ziehen. Das zeigt folgender Fall deutlich:²⁷ Der Kläger hatte zunächst eine Forderung gegen eine OHG eingeklagt. Nachdem diese in Konkurs gefallen war, erweiterte er seine Klage auf die Gesellschafter. - Hier war die Hereinziehung der Gesellschafter nicht notwendig, damit die Klage gegen die OHG Erfolg hatte. Der Kläger konnte seinen Anspruch, abgesehen von einer eventuellen Unterbrechung des Verfahrens durch den Konkurs (§ 240), so weiterverfolgen, wie er ihn eingeklagt hatte. Die Hereinziehung der Gesellschafter in den Prozeß war aber deshalb vorteilhaft, weil sie nach § 128 HGB für die Gesellschaftsschulden haften. Nachdem die OHG in Konkurs gefallen war, lag es nahe, die Gesellschafter in Anspruch zu nehmen. Durch die Verbindung beider Klagen in einem Verfahren konnten die anstehenden Fragen zusammen geklärt werden, und der Kläger erhielt gegen alle Beteiligten einen Titel. Der beklagten OHG wird diese Parteiänderung nicht unangenehm gewesen sein, denn ihre Prozeßführung wurde durch den Beitritt der Gesellschafter nicht beeinträchtigt, sondern eher erleichtert. Auch die Gesellschafter werden mit ihrer Hereinziehung in das Verfahren im wesentlichen einverstanden gewesen sein. Ihnen war klar, daß sie gemäß § 128 HGB für die Gesellschaftsschulden hafteten. Es konnte ihnen daher nur recht sein, daß die Frage ihrer persönlichen

Haftung gleichzeitig geklärt wurde. Da sie mittelbar als OHG schon an dem Verfahren beteiligt waren, sparten sie auf diese Weise einen Prozeß.

Ähnlich liegt es dann, wenn ein weiterer Kläger in ein schwebendes Verfahren treten will. In einem solchen Fall kann der neue Kläger durch den Beitritt seinen Anspruch schneller durchsetzen, als das in getrennten Prozessen möglich wäre, da die Sach- und Rechtsfragen für beide Ansprüche ähnlich sein werden. Ebenso wird es dem Beklagten meist recht sein, die Streitigkeiten mit beiden Klägern in einem Verfahren auszutragen und damit die anstehenden Fragen mit einem Mal zu klären.

Im Gegensatz zum Parteiwechsel besteht beim Parteibeitritt nicht die Gefahr, daß ein Kläger in den Rechtsstreit eintreten will oder die Klage auf einen Beklagten erstreckt werden soll, obwohl der neue Anspruch mit dem bisherigen nichts oder nur sehr wenig zu tun hat.

Die Verbindung zweier Prozesse mit völlig verschiedenem Streitgegenstand würde keinerlei Vorteile bieten. Im Gegenteil, das alte Verfahren würde hierdurch nur belastet und verzögert. In einem solchen Fall bestünde kein Bedürfnis für einen Parteibeitritt. Es wäre sogar zweckmäßig, ihn hier zu verbieten. Das ist jedoch nicht notwendig, weil, wie noch später zu zeigen sein wird,²⁸ ein Parteibeitritt und damit die Begründung einer nachträglichen Streitgenossenschaft nur dann zulässig ist, wenn auch eine ursprüngliche gemeinsame Klage beider Kläger oder gegen beide Beklagte möglich gewesen wäre. Da das gemäß §§ 59ff nur dann der Fall ist, wenn beide Kläger bzw. Beklagte wenigstens aus demselben tatsächlichen oder rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind, scheiden Fälle, in denen die beiden Streitgegenstände nichts miteinander zu tun haben und die gemeinsame Prozeßführung daher keine Vorteile bietet,

28.) Vgl. § 23,5 (S.179)

von selbst aus. Für die Zulassung und Regelung des Parteibeitritts besteht daher in allen Fällen ein praktisches Bedürfnis..

Zusammenfassend ergibt sich demnach, daß sowohl für den Parteiwechsel als auch für den Parteibeitritt wenigstens dann eine Regelung erstrebenswert erscheint, wenn die Streitgegenstände sich möglichst in subjektiver Hinsicht sehr nahe kommen, mindestens aber in objektiver Hinsicht in wesentlichen Punkten identisch sind, so daß die bisherigen Prozeßergebnisse für den weiteren Rechtsstreit grundsätzlich verwendbar bleiben. Beim Parteibeitritt werden die Fälle, in denen durch die Änderung nichts zu erreichen ist, schon durch die §§ 59 ff von einer Regelung ausgeschlossen. Ob und wo dagegen beim Parteiwechsel eine Grenze zwischen den zulässigen und unzulässigen Fällen zu ziehen ist, bleibt zunächst einer späteren Prüfung überlassen.²⁹

29.) Vgl. für den Klägerwechsel § 5,5 (S.64); für den Beklagtenwechsel § 14,5 (S.132)

1. ABSCHNITT: D E R P A R T E I W E C H S E L

1. KAPITEL: D E R K L Ä G E R W E C H S E L

§ 4 DAS WESEN DES KLÄGERWECHSELS

Um die mit dem Parteiwechsel zusammenhängenden Fragen richtig lösen zu können, ist es notwendig, zunächst zu klären, was die beteiligten Parteien überhaupt erreichen wollen.

Wie die obige Untersuchung¹ der bisher veröffentlichten Entscheidungen ergeben hat, hat beim Parteiwechsel der Kläger seine eigene oder die Sachlegitimation des Beklagten falsch beurteilt. Diesen Fehler möchte er nun berichtigen.

Zur Veranschaulichung soll an dieser Stelle nochmals auf einen besonders typischen der oben² aufgeführten Fälle zum Klägerwechsel zurückgegriffen werden:³ Ein Gutsbesitzer hatte mit dem Beklagten einen Vertrag geschlossen. Später hatte er sein Gut an seinen Sohn verpachtet, der in den Vertrag eintrat. Durch ein Versehen erhob der Anwalt für den Gutsbesitzer Klage auf Erfüllung einer Vertragspflicht. Als das Versehen entdeckt wurde, wollte der Sohn den Rechtsstreit übernehmen.

Hier hat der ursprüngliche Kläger erkannt, daß er hinsichtlich des Streitgegenstandes nicht aktiv-legitimiert ist. Es lag vielmehr lediglich ein Versehen bei der Klageerhebung vor. Wahrer Berechtigter ist vielmehr der Sohn. Dieser soll nun an die Stelle des Vaters treten. Wunsch der Beteiligten ist es demnach, die beiden Kläger auszutauschen. Da-

1.) Vgl. S. 5 ff

2.) S. 5- 11

3.) OLG Rostock, OLG 20, 312 .

durch sollen nach Möglichkeit die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens für den neuen Kläger nutzbar gemacht und der vorhandene Streit schneller erledigt werden.

Man könnte allerdings auch der Ansicht sein, daß es dem neuen Kläger bei seinem Eintritt in das Verfahren zunächst darum geht, seinen Anspruch gegen den Beklagten anhängig zu machen, während der eigentliche Wechsel, also die Nachfolge in das Prozeßrechtsverhältnis, ihn nur in zweiter Linie interessiert. Mit anderen Worten: Der neue Kläger will lediglich eine Klage erheben. Im obigen Beispielsfall würde das bedeuten: Der Sohn möchte seinen Anspruch auf Vertragserfüllung anhängig machen. An einer Fortsetzung des bisherigen Verfahrens ist er dagegen weniger interessiert. Ein solcher Wunsch könnte vor allem dann naheliegen, wenn der neue Kläger befürchten muß, Rechtsnachteile (z.B. die Verjährung seines Anspruches) zu erleiden, falls es ihm nicht gelingt, seinen Anspruch rechtzeitig anhängig zu machen. In einem solchen Fall könnte es der Absicht des neuen Klägers entsprechen, durch seine Beitrittserklärung eine Klage zu erheben.

Hierbei handelt es sich jedoch um einen Ausnahmefall. Wie die untersuchten Entscheidungen zeigen, ist es regelmäßig der Wunsch des neuen Klägers, das Verfahren zu übernehmen und damit schneller zu seinem Ziel zu kommen. Das beweist auch der gewählte Beispielsfall. Dem Sohn geht es nicht darum, neu zu klagen. Er möchte vielmehr nach Möglichkeit das begonnene Verfahren in die richtige Bahn lenken und unter Verwendung der bisherigen Ergebnisse zu Ende führen. Nur wenn das nicht möglich ist, wird er einen neuen Rechtsstreit beginnen wollen.

Der Wunsch einen neuen Rechtsstreit zu beginnen, ist daher regelmäßig nicht das Ziel der Wechselserklärung. Sollte es ausnahmsweise einmal notwendig sein, daß der neue Kläger in jedem Fall, unabhängig von der Möglichkeit eines Parteiwechsels, seinen Anspruch anhängig macht, damit keine Rechtsnachteile

für ihn eintreten, so bleibt ihm die Möglichkeit, durch eine selbständige Klage oder einen Klägerbeitritt seine Rechte zu verfolgen. Wille des Klägers ist es daher in der Regel, einen Wechsel herbeizuführen und nicht etwa, eine Klage zu erheben.⁴

In früherer Zeit hat man vor allem versucht, das Problem des Parteiwechsels durch eine Subsumtion des Vorgangs unter bestimmte Vorschriften des Prozeßrechts zu lösen.

1. Die Parteiänderung als Klageänderung

Zunächst wurde die gewillkürte Parteiänderung allgemein als Klageänderung angesehen. Diese Ansicht (kurz Klageänderungstheorie genannt) muß trotz ununterbrochener heftigster Kritik seit nunmehr gut 50 Jahren auch heute noch als die herrschende Meinung angesehen werden. Das Reichsgericht⁵ folgte ihr ausschließlich, ebenso mit geringen Änderungen der Bundesgerichtshof⁶ und die meisten unteren Gerichte.⁷ In der Literatur⁸ ist die Anhängerschaft der

4.) A.A. insbesondere Kisch S.184

5.) Vgl. u.a. RGZ 49,376; 58,248; 66,240; 66,415; 96,201; 144,277; 160,204

6.) u.a. BGH LM § 264 ZPO Nr.8; NJW 1962,347 und 633; BGHZ 21,285; 40,185

7.) Vgl. zuletzt OLG Köln MDR 1966,1009; weitere Nachweise in § 2 (S.5ff)

8.) Vgl. aus der älteren Literatur: Hellwig, Lehrbuch S.242ff und System S.376 mit der Abweichung, daß die Form des Vorgangs sich nach den Vorschriften über die Klageerhebung richtet. Sydow-Busch-Krantz-Triebeil § 268,2; Krantz S. 23ff; Volkmar S.101ff; Förster-Kann § 268,5; Rosenberg, Lehrbuch⁷ § 41 II 2 (S.169); ders. Festschrift S.427 und ZZP 68,1ff; Stein-Jonas-Schönke-Pohle bis zur 18.Auflage § 268 II; aus neuerer Zeit: Baumbach-Lauterbach § 264 2 C; Bruns S.227 und JZ 1969,127; Groß S.60ff und ZZP 76,200, der die Vorschriften über die Kla-

Klageänderungstheorie im Laufe der Zeit wesentlich kleiner geworden.

Die Entstehung dieser Ansicht ist vor allem historisch bedingt. Es erscheint auf den ersten Blick sonderbar, daß die Zivilprozeßordnung ein so wichtiges Institut wie die gewillkürte Parteiänderung praktisch überhaupt nicht erwähnt. Darüberhinaus sind auch die Ausführungen über die gesetzliche Parteiänderung ziemlich spärlich. Sie wird teilweise (wie z.B. in § 239) als selbstverständlich vorausgesetzt, ohne daß eine Definition der Parteiänderung gegeben wird oder allgemeine Regeln für sie aufgestellt werden.

Diese Eigentümlichkeit ist darauf zurückzuführen, daß die Zivilprozeßordnung ursprünglich einen ganz anderen Parteibegriff als den heute herrschenden formellen zugrundelegte. Die ZPO ging in ihrer Fassung von 1877 von dem materiellen Parteibegriff des Pandektensystems aus. Dieses System teilte das materielle Recht in bestimmte einzelne actiones oder Klagen. Es erfolgte also damals keine Trennung zwischen Parteibestimmung und Sachlegitimation, sondern die Klage war nicht nur Antrag auf Gewährung von Rechtsschutz, vielmehr zugleich das subjektive Recht in seiner Richtung auf den Verletzer.⁹ Der damalige Parteibegriff konnte demnach ungefähr wie folgt definiert werden: Parteien sind die Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses.

Unter der Herrschaft des materiellen Parteibegriffs bildete das Reichsgericht die Ansicht heraus, die gewillkürte Parteiänderung sei eine Klageänderung.

geänderung und die Klagerücknahme kumulativ anwenden will. Meiß ZP 69, 474f; Schönke-Schröder-Niese § 30 III (S. 145ff); Schönke S. 530; zweifelnd Zöller-Stephan § 268 1

- 9.) So auch Planck Bd. I S. 209; Wach S. 518ff; schwankend schon Stein Vorbem. § 50 (S. 133) mit weiteren Nachweisen.

Das war vom damaligen Standpunkt aus verständlich, denn der materielle Parteibegriff besagte, daß Kläger und Beklagter nicht nur zum Inhalt der Klage überhaupt gehörten, sondern notwendiger Teil des Klagegrundes wären.¹⁰ Die Parteien waren demnach die an dem behaupteten materiellen Rechtsverhältnis aktiv und passiv Beteiligten. Mit ihrer Nennung wurde zugleich die subjektive Seite des streitigen Rechtsverhältnisses bestimmt, die Sachlegitimation, die ihrerseits zugleich zum Klagegrund gehörte. Daraus folgte dann, daß beim Wechsel der Parteien eine wesentliche Änderung des Klagegrundes vorgenommen wurde, und damit also eine Klageänderung vorlag.¹¹

Das war nach dem materiellen Parteibegriff durchaus richtig. Nachdem sich jedoch zu Anfang dieses Jahrhunderts der formelle Parteibegriff durchzusetzen begann, konnte diese Deduktion nicht mehr voll aufrechterhalten werden. Der formelle Parteibegriff trennte die Sachlegitimation und den Parteibegriff. Parteien waren nunmehr nur noch derjenige, welcher Rechtsschutz erbat und derjenige, gegen den Rechtsschutz erbeten wurde.¹²

Die Trennung der Frage nach dem Prozeßsubjekt von der nach dem Inhalt des Rechtsstreits und damit vom Klagegrund entzog der Klageänderungstheorie weitgehend die Begründung.¹³ Nachdem nämlich der Grundsatz, daß die Parteien den Streitgegenstand individualisieren, aufgegeben war, brachte nicht jeder gewillkürte Parteiwechsel eine Klageänderung mit sich.

Bei Anwendung des materiellen Parteibegriffs waren die Fälle der Parteiänderung sehr einfach zu lösen.

10.) Vgl. zum damaligen Parteibegriff Wach S. 518ff und Planck Bd. I S. 201 und 209ff

11.) Vgl. RGZ 11, 339; 19, 184; de Boor S. 34/35

12.) Heute allg. M. vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹
Vor § 50 I 3; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 39 I 2

13.) So auch de Boor S. 36/37; Henckel S. 215; A.A.
Schönke JurBl 1951, 529/530

Wechselte das Subjekt des streitigen materiellen Rechtsverhältnisses während des Verfahrens, so änderte sich damit auch die Partei. Normalerweise trat also dann der Rechtsnachfolger in den Prozeß, falls nicht eine Ausnahme nach § 236 (heute § 265) vorlag. Für die Einordnung des Parteiwechsels unter die Vorschriften über die Klageänderung bedurfte es daher keiner besonderen Begründung.

Als sich um die Wende des 19. zum 20. Jahrhundert allmählich der formelle Parteibegriff durchgesetzt hatte, war die Rechtsprechung, die die Parteiänderung als Klageänderung ansah, so selbstverständlich geworden, daß man sie ohne weitere Begründung fortführte.

Es wird auch heute von denjenigen, welche der Klageänderungstheorie folgen, im wesentlichen als selbstverständlich angenommen, daß die Parteiänderung eine Klageänderung ist. Eine Begründung wird dafür im allgemeinen nicht gegeben.¹⁴

Ausgangspunkt der Klageänderungstheorie ist also der Gedanke, daß auch die Parteien wesentlicher Bestandteil der Klage sind, und ihre Änderung folglich eine Klageänderung sein müsse. Aus diesem Grund soll der Wechsel der Parteien nach den Vorschriften der §§ 264, 268-270 zu behandeln sein.¹⁵ Die Vorschrift des § 253 umschreibe die Erfordernisse einer Klage. Jede Änderung in den dort aufgeführten wesentlichen Bestandteilen stelle eine Klageänderung dar. Eine Ausnahme hiervon bildeten lediglich die in § 268 aufgeführten Tatbestände.¹⁶ Jeder Wechsel einer Partei im Rechtsstreit und je-

14.) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁸ § 268 II; Zöller-Stephan § 268, 1; Meiß ZZP 69, 474/75; Wieczorek § 264 E; bezeichnend insoweit auch Baumbach-Lauterbach § 264, 2 C, die von einem "gerichtlichen Gewohnheitsrecht" sprechen.

15.) Vgl. die grundlegende Entscheidung RGZ 58, 250

16.) RGZ 58, 250

der Beitritt einer weiteren Person sei deshalb eine Klageänderung und als solche zu behandeln. Das bedeutet, daß die Zulässigkeit einer Parteiänderung nach § 264 zu beurteilen ist, und alle übrigen Folgen sich ebenfalls aus den §§ 264ff ergeben.

Die Zivilprozeßordnung enthält zwar keine Definition des Begriffes "Klageänderung". Sie zählt lediglich in § 268 einige Tatbestände auf, die sie nicht als Klageänderung behandelt wissen will. Außer dieser Einschränkung besagt das Gesetz aber positiv nichts darüber, was eine Klageänderung ist. Nach heute ganz überwiegender Meinung versteht man unter einer Klageänderung eine Änderung des Streitgegenstandes.¹⁷ Diese Auslegung des Begriffes wird auch durch die im Gesetz enthaltenen Vorschriften über die Klageänderung nahegelegt. Das Gesetz geht nämlich in seiner Regelung davon aus, daß auch nach vollzogener Klageänderung die Parteien des Rechtsstreits noch dieselben sind.¹⁸ § 264 spricht davon, daß der Kläger seine Klage ändern kann. Soll aber ein anderer an Stelle oder neben der bisherigen Person Kläger werden, so ist es nach § 264 nicht möglich, das Subjekt der Klageänderung zu bestimmen. Auch hinsichtlich des Beklagten setzt das Gesetz ein Gleichbleiben voraus, denn es spricht davon, daß der Beklagte in die Klageänderung einwilligen muß. Tritt aber ein neuer Beklagter an die Stelle oder neben den alten, so fragt es sich, welcher Beklagter gemeint ist.

Daß das Gesetz eine Klageänderung nur bei Identität der Parteien annimmt, beweist auch die zweite Alternative des § 264 in der von 1900 bis 1933 geltenden Fassung. Danach war eine Klageänderung

17.) Vgl. u. a. Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 100 I (S. 485); Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle

¹⁹ § 264 III; Baumbach-Lauterbach § 264, 2 A

18.) Kisch S. 29; Arndt S. 33; Pohle S. 136; de Boor S. 15ff

dann zuzulassen, wenn sie die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwerte. Diese Regelung beruhte, genau wie die heutige zweite Alternative des § 264 (Zulassung der Klageänderung bei Sachdienlichkeit), auf Billigkeitserwägungen. In bestimmten Fällen wollte man dem Kläger die Möglichkeit geben, seinen Streit mit dem Beklagten über einen geänderten Anspruch in dem laufenden Verfahren auch dann auszutragen, wenn der Beklagte dem widersprach. Hierdurch sollte ein schikanöses Verhalten des Beklagten gebrochen werden, der der Klageänderung nicht zustimmte, obwohl seine Verteidigung nicht wesentlich erschwert wurde.

Bei der Parteiänderung liegt der Fall aber ganz anders. Hier ist das Interesse des Klägers an der Fortsetzung des alten Prozesses und an der Verwertung der bisherigen Verfahrensergebnisse wegen des Wechsels der Partei weniger schutzwürdig als bei einer Klageänderung, bei der die Parteien naturgemäß gleichbleiben. Darüberhinaus ergaben sich aus der damals geltenden zweiten Alternative des § 264 für die Parteiänderung die gleichen Schwierigkeiten wie aus der Grundregel. Es war nicht zu klären, ob die Verteidigung des neuen oder des alten Beklagten nicht erschwert werden durfte.¹⁹

Zwar enthält auch die Parteiänderung meistens eine Klageänderung, denn die subjektive Seite des Streitgegenstandes wird durch die beteiligten Personen bestimmt, die hier wechseln. Aber nicht jede Parteiänderung muß eine Klageänderung beinhalten. So liegt z.B. eine Parteiänderung vor, wenn ursprünglich der Miterbe A gegen irgendeine Person auf Herausgabe eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes an die Miterben A, B und C klagt, und nunmehr der Miterbe B an die Stelle des A tritt und seinerseits Herausgabe des gleichen Gegenstandes an A, B und C verlangt. In diesem Fall hat sich zwar die klagende Partei verändert, der Streitgegenstand ist aber

19.) So schon Kisch S.39

derselbe geblieben.

Wenn also die Parteiänderung auch häufig eine Klageänderung enthält, so besagt das noch nicht, daß sie eine Klageänderung ist. Das Wesentliche an diesem Vorgang ist vielmehr der über die Klageänderung hinausgehende Teil, nämlich, daß ein neues Prozeßsubjekt in den Rechtsstreit eingeführt wird.

Man wird daher sagen müssen, daß die Parteien für die Individualisierung der Klage viel wichtiger sind, als die anderen Individualisierungsmerkmale (Klagegrund, Klageantrag usw.)²⁰ und daß daher eine Subsumtion der Parteiänderung unter die Vorschriften der §§ 264ff nicht richtig sein kann.

Auch der Entwurf einer Zivilprozeßordnung von 1931, der damals insoweit auf starke Ablehnung²¹ stieß und nie Gesetz geworden ist, ging davon aus, daß die Parteiänderung eine Klageänderung darstelle.²² Diese Tatsache kann man aber wohl nicht als Argument dafür anführen, daß die Parteiänderung eine Klageänderung ist.²³ Aus der Begründung des Entwurfes²⁴ ergibt sich nämlich, daß sich die Verfasser mit dem grundsätzlichen Problem der gewillkürten Parteiänderung überhaupt nicht beschäftigt haben. Sie gehen vielmehr ohne nähere Begründung von der im Jahre 1931 herrschenden Meinung aus. Bemerkenswert ist jedoch, daß sie es für notwendig hielten, die Vorschriften über die Klageänderung für den Fall der Parteiänderung zu modifizieren. Das zeigt, daß auch sie schon erkannt hatten, daß diese Vorschriften in wesentlichen Fragen nicht für die Parteiänderung passen.

20.) So auch schon Kisch S.25; vgl. auch Pohle S.136

21.) Vor allem bei Kisch, Entwurf Sp.262ff; Rosenberg, Entwurf S.223f

22.) § 222 (S.52)

23.) A.A. Schönke-Schröder-Niese § 30 III 3 (S.146)

24.) S.313

2. Die Einordnung der Parteiänderung unter die Vorschriften über die Klageerhebung und die Klagerücknahme

Gegen die Subsumtion der Parteiänderung unter die Vorschriften über die Klageänderung wandte sich erstmals Kisch. Er versuchte das Problem der gewillkürten Parteiänderung durch eine Subsumtion unter die Vorschriften über die Klageerhebung und die Klagerücknahme zu lösen.²⁵

Ausgangspunkt seiner Untersuchung ist ein Vergleich der Anspruchsvertauschung (also der Klageänderung im eigentlichen Sinne) mit dem Parteiwechsel. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, daß die Anspruchsvertauschung zwei Elemente enthalte, nämlich die Zurücknahme der bisherigen und die Anhängigmachung des neuen Anspruches. Diese seien vom Gesetz zu einem einheitlichen Institut verbunden worden. Der bisherige Anspruch werde nur aufgegeben, weil und insofern der neue Anspruch an seine Stelle gesetzt werde. Und der neue Anspruch werde nur erhoben, weil der bisherige zurückgenommen werde. Darin liege

25.) Vgl. das grundlegende Werk "Parteiänderung im Zivilprozeß" (1912). Die gleiche Ansicht hat Kisch in seinen weiteren Werken: "Parteien, Prozeßverbindungen und Parteiänderung im Zivilprozeßentwurf" (1931), "Parteibeitritt in der Berufungsinstantz" (1932) und JW 1934, 2615⁶ bestätigt und gegen die erhobenen Einwände verteidigt.

Kisch sind gefolgt: Arndt S. 33ff; Baumbach § 264 2 C; Goldschmidt § 55, 3 bb (S. 128); Roosenberg, Lehrbuch bis zur 6. Aufl. 6. A. § 100 I 3 (S. 461f); ders. Entwurf S. 223ff; Seuffert-Walsmann § 268 1 c; John S. 192ff; in neuerer Zeit: Blomeyer S. 631ff mit Einschränkungen; Tschischgale NJW 1962, 2134f; Bull DRiZ 1956, 180; für den Parteibeitritt auch: Thomas-Putzo Vorbem § 50 IV 4; Putzo NJW 1964, 500; Hofmann NJW 1964, 1026; Holzhammer S. 21ff

keine gesonderte Klagerücknahme und Klageerhebung, sondern nur der einheitliche Akt der Klageänderung. Die Zusammenfassung der beiden in dem Vorgang stekenden Elemente sei aber nur deshalb möglich, weil die klagende und die verklagte Partei dieselbe blieben. Der Kläger wolle die Klageänderung als etwas Ganzes, und der Beklagte gebe seine Zustimmung durch einen einheitlichen Willensakt. Es liege demnach ein einheitlicher Vorgang vor.²⁶

Es sei aber grundlegend anders, wenn bei der Zurückziehung des bisherigen und bei der Erhebung des neuen Anspruches verschiedene Subjekte beteiligt seien. Solle z.B. der bisherige Kläger durch einen anderen ersetzt werden, so ließe sich der Vorgang nicht mehr einheitlich konstruieren, sondern es lägen zwei voneinander unabhängige Prozeßakte vor, deren Schicksal verschieden voneinander sein könnte. Es seien im Gegensatz zum Fall der Klageänderung zwei Beteiligte vorhanden, die keinen einheitlichen Willen zu haben brauchten.²⁷ Daraus folgert er, daß die Klageänderung vom Gesetzgeber als einheitlicher Vorgang angesehen werde, die Parteiänderung aber ihrer Natur nach kein einheitlicher Vorgang sein könne. Sie setzt sich vielmehr aus zwei äußerlich zusammenhängenden Prozeßvorgängen zusammen, nämlich aus einer Klagerücknahme des alten Klägers und einer Klageerhebung durch den neuen.²⁸ Die Verbindung der Klageerhebung mit der Klagerücknahme führt aber nur einen äußeren Zusammenhang des alten mit dem neuen Prozeß herbei. Es liegt nur ein scheinbar einheitlicher Vorgang vor,²⁹ da nach dieser Ansicht die Klagerücknahme den Prozeß mit der alten Partei beendet, und durch die Klageerhebung gegenüber der neuen Partei ein neuer Rechtsstreit begonnen wird.

26.) So Kisch S.33/34

27.) Kisch S.34

28.) Kisch S.183/184

29.) Kisch S.184

Es ist zwar richtig, daß die am Parteiwechsel beteiligten Personen verschiedene Wünsche haben können. Wie die bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle aber zeigen, haben die Parteien in der Regel den gemeinsamen Wunsch einen Parteiwechsel herbeizuführen. Die von Kisch vorgeschlagene Konstruktion geht demnach von einem Ausnahmefall aus. Das dem Vorgang des Parteiwechsels Eigentümliche, nämlich der Wechsel der Parteien, das Aufeinanderbezogensein des Ausscheidens der alten mit dem Eintritt der neuen Partei, läßt sich in dieser Weise nicht erfassen.³⁰ Der gemeinsame Wille der Parteien, einen Wechsel herbeizuführen, wird ignoriert, und der einheitliche Vorgang in zwei Teile zerrissen.³¹

Folgt man dieser Ansicht, so gibt es praktisch keine Parteiänderung,³² da das alte Verfahren mit der Klagerücknahme endet, und mit der Klageerhebung ein neuer Prozeß beginnt. Eine Verwertung der bisherigen Prozeßergebnisse für das neue Verfahren wird wesentlich erschwert, weil die beiden Prozesse völlig unabhängig voneinander sind.³³

3. Die Parteiänderung als Institut eigener Art

Mit der Einordnung der Parteiänderung unter die Vorschriften über die Klageänderung bzw. die Klageerhebung und die Klagerücknahme waren die Möglichkeiten einer Subsumtion des Vorgangs unter die Vorschriften des Gesetzes erschöpft.

De Boor³⁴ erkannte als erster, daß das Problem des gewillkürten Parteiwechsels mit einer solchen Sub-

30.) So auch de Boor S.16

31.) de Boor S.16; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S.174)

32.) So auch Henckel S.215/216; Pohle S.137

33.) Kisch (S.126ff, 192) hält eine Verwertung für unmöglich, da es sich um verschiedene Rechtsstreitigkeiten handeln soll.

34.) Zur Lehre vom Parteiwechsel und Parteibegriff (1943)

sumtion nicht zu lösen war. Er leitete daher eine neue Entwicklung ein, als er vorschlug, die im Gesetz hinsichtlich des gewillkürten Parteiwechsels vorhandene Lücke durch eine Analogie zu den Vorschriften über den gesetzlichen Parteiwechsel, insbesondere durch eine Anlehnung an § 265 Abs. 2 S. 2 auszufüllen.³⁵

Nach § 265 Abs. 2 S. 2 ist der Rechtsnachfolger einer Partei berechtigt, den Rechtsstreit seines Vorgängers zu übernehmen, wenn der Gegner zustimmt. Diese Vorschrift behandelt den Fall, daß eine Partei die im Streit befangene Sache veräußert hat und nun ihr Rechtsnachfolger den Prozeß weiterführen will.

Beim gewillkürten Parteiwechsel war die Partei, welche nunmehr ausscheiden soll, dagegen niemals hinsichtlich des eingeklagten Anspruches sachlegitimiert. Sie hat nicht wie im Fall des § 265 ihre Beziehung zu dem Streitgegenstand dadurch verloren, daß sie über ihre Rechte verfügte, sondern sie hat

35.) De Boor S. 92; ihm folgten: Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III (S. 173ff) und ZP 70, 1ff; Lent JZ 1956, 762f; Lent-Jauernig § 86 II; Henckel S. 215ff und DRiZ 1962, 226ff; Nikisch S. 460f; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3; Gelhaar LM § 264 ZPO Nr. 10; Bötticher MDR 1958, 330f; Schiedermaier AcP 159, 89ff, 90; Pohle S. 147ff und MDR 1960, 963; 1964, 451; 1966, 275; Franz stimmt zwar im Ausgangspunkt de Boor zu, will aber eine Lösung aus allgemeinen prozessualen Grundsätzen und Wertungen ableiten (S. 47). Dabei soll der Parteiwechsel aus zwei Teilakten (praktisch einer Klageerhebung und einer Klagerücknahme) bestehen, die der Kläger in ein bestimmtes Verhältnis wechselseitiger Bedingtheit setzen könne (S. 64ff). Eine bedingte Klageerhebung ist aber nach h.M. (Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 59 Vorbem. I 2; Baumbach-Lauterbach § 59, 1; RGZ 58, 249) nicht zuzulassen.
b.w.

diese Beziehung von Anfang an falsch beurteilt. Während sie nämlich glaubte, hinsichtlich der Sache aktivlegitimiert zu sein, war es in Wirklichkeit eine andere Person, die nunmehr den Rechtsstreit übernehmen will. Übereinstimmungen ergeben sich insoweit, als sowohl bei § 265 als auch beim gewillkürten Parteiwechsel ein Dritter in ein bestehendes Prozeßrechtsverhältnis eintreten und das begonnene Verfahren fortsetzen will. Es erscheint daher vom Ausgangspunkt gesehen durchaus angemessen, den gesetzlichen und den gewillkürten Parteiwechsel entsprechend zu behandeln. Damit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, ob die Vorschriften des § 265 auch alle einzelnen mit dem Parteiwechsel zusammenhängenden Fragen befriedigend lösen. Eine Antwort darauf wird erst die Untersuchung dieser Einzelfragen ergeben.

Einen anderen Vorschlag, die hinsichtlich des gewillkürten Parteiwechsels bestehende Lücke des Gesetzes zu schließen, hat Schwab³⁶ gemacht. Er erwägt eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung.

Die Klageänderung stellt eine Änderung des Streitgegenstandes dar. Die Partei läßt den alten Anspruch fallen und macht, ohne daß das Verfahren dadurch beendet oder auch nur unterbrochen wird, einen neuen Anspruch geltend. - Beim Parteiwechsel will die eine Partei aus dem Rechtsstreit ausscheiden, ohne die Klage zurückzunehmen. Die andere Partei will in den Rechtsstreit eintreten, indem sie ihrer-

lässig. Im übrigen würde eine konsequente Durchführung dieser Konstruktion zu den gleichen Schwierigkeiten führen, wie sie sich aus der Lehre Kischs ergeben. Franz umgeht diese, indem er weitgehend die Ergebnisse de Boors anerkennt.

36.) ZZP 73, 477ff, 478; für eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung jetzt auch Zöllner-Stephan § 264 I 2; a.A. Pohle S. 136/137

seits keine neue Klage erhebt, sondern die Stellung der ausscheidenden übernimmt.

Schwab³⁷ meint, so wie bei der Klageänderung der Anspruch ein anderer werde, ohne daß der alte Anspruch zurückgenommen werde, wechsle bei der Parteiänderung die Partei, ohne daß es einer Klagerücknahme bedürfe.

Dieser Vergleich erscheint schon deshalb naheliegend, weil die Parteiänderung bisher im wesentlichen als Klageänderung behandelt worden ist. Durch eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung könnte man jedenfalls die dogmatischen Bedenken, die sich gegen eine direkte Anwendung dieser Vorschriften ergeben, ausräumen. Ob damit jedoch auch alle Schwierigkeiten, die die Anwendung dieser Vorschriften bisher gemacht hat, ausgeräumt sind, wird die spätere Untersuchung der einzelnen Fragen des Parteiwechsels noch zeigen müssen.

4. Gesetzliche Regelung der gewillkürten Parteiänderung

Die Möglichkeiten, den gewillkürten Parteiwechsel unter eine Norm des Prozeßrechts zu subsumieren, sind mit der Heranziehung der Vorschriften über die Klageerhebung und Klagerücknahme bzw. über die Klageänderung erschöpft. Zu einer analogen Anwendung eignen sich lediglich die Bestimmungen über die Klageänderung und den gesetzlichen Parteiwechsel, speziell § 265. Es ist zwar denkbar, eine andere Vorschrift als den § 265 zum Ausgangspunkt zu wählen, etwa den gesetzlichen Parteiwechsel der §§ 75-77 oder des § 266. Aber das wäre keine wesentlich neue Lösung, und sie würde sich nur dann lohnen, wenn sie bessere Ergebnisse bringt. Außer den Fällen des gesetzlichen Parteiwechsels kennt die Zivilprozeßordnung keinen Fall, in dem eine Partei aus dem Verfahren ausscheidet und eine andere an

37.), S. 478

ihre Stelle tritt. Wird die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Klageänderung oder den gesetzlichen Parteiwechsel der gewillkürten Parteiänderung nicht gerecht, so besteht jedenfalls nur die Möglichkeit, die Frage gesetzlich zu regeln.

Das Reichsjustizministerium³⁸ hatte bereits im Jahre 1931 einen entsprechenden Vorschlag gemacht, auf den oben³⁹ schon hingewiesen worden ist. Neuerdings hat auch das Bundesministerium der Justiz⁴⁰ sich mit der Frage einer gesetzlichen Regelung der gewillkürten Parteiänderung beschäftigt und die bisherigen Ergebnisse der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit veröffentlicht. Ob diese Vorschläge jemals Gesetz werden, läßt sich im Augenblick noch nicht übersehen. Es handelt sich lediglich um vorläufige Ergebnisse, über deren weiteres Schicksal die Regierung noch nicht entschieden hat.

Die Begründung des Entwurfes⁴¹ vermeidet es bewußt, zu der Streitfrage, wie die Parteiänderung dogmatisch einzuordnen ist, Stellung zu nehmen. Die Verfasser scheinen jedoch der auch hier vertretenen Ansicht zu sein, daß hinsichtlich der Parteiänderung eine Lücke des Gesetzes vorliegt.⁴² Das ergibt sich vor allem aus der eingehenden Regelung, die die Parteiänderung erfahren soll. Der Vorschlag lehnt sich im übrigen an keines der bestehenden Rechtsinstitute an.

Eine sachgerechte gesetzliche Regelung dürfte der oben dargelegten grundsätzlich möglichen Analogie

38.) "Entwurf einer Zivilprozeßordnung" vgl. § 222 (S.52) und Begründung S.313

39.) S.41

40.) "Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung" vgl. §§ 271ff und § 530 (S.11ff), Begründung S.48ff, 86ff und 121ff; vgl.hierzu auch Bruns JZ 1969, 127ff, 130/131

41.) S.51

42.) Vgl.Begründung S.48

zu den Vorschriften über die Klageänderung oder den gesetzlichen Parteiwechsel des § 265 vorzuziehen sein. Wie nämlich die spätere Untersuchung der Einzelfragen zeigen wird, stellt die Parteiänderung ein derart differenziertes und kompliziertes Gebilde dar, daß ihr weder die Vorschriften der §§ 264 ff noch die des § 265 ohne erhebliche Änderungen gerecht werden.

Bedenken gegen die in dem Entwurf vorgeschlagene grundsätzliche Einordnung des Parteiwechsels ergeben sich allerdings insoweit, als bei einer Parteiänderung immer geprüft werden soll, ob sie mit einer Klageänderung verbunden ist. In einem solchen Fall soll zusätzlich § 264 angewendet werden.⁴³ Diese Aufspaltung des Vorgangs in eine Parteiänderung und eine Klageänderung erscheint nicht vorteilhaft. Alle drei an dem Parteiwechsel beteiligten Personen wünschen einen einheitlichen Vorgang zustande zu bringen. Ihnen ist nicht damit gedient, daß zwar ein Parteiwechsel möglich sein soll, eine entsprechende Anspruchsberichtigung dann aber am Widerspruch des Beklagten scheitert. Der neue Kläger will nicht in das Verfahren treten, falls er nicht auch gleichzeitig den sachdienlichen Antrag stellen kann. Ihm ist mit einer Verhandlung über den von dem alten Kläger erhobenen Anspruch in der Regel nicht geholfen.

Das beweist auch der schon häufiger als Beispiel herangezogene Fall,⁴⁴ in dem ursprünglich der Gutsbesitzer von dem Beklagten Erfüllung seines Vertrages verlangte. Als sich herausstellte, daß der Sohn mit der Gutsübernahme auch in den fraglichen Vertrag eingetreten war, wollte er das Verfahren übernehmen. Diese Übernahme ist aber nur dann sinnvoll, wenn ihm auch gestattet wird, nunmehr die Klage zu ändern und nicht mehr Leistung an den Vater, sondern an sich zu verlangen. Mit dem ursprünglichen Antrag könnte nämlich auch der Sohn nicht durch-

43.) Begründung S.87

44.) OLG Rostock, OLG 20, 312 (vgl. S.8)

dringen.

Eine gesetzliche Regelung wird demnach den Interessen der Beteiligten nur dann gerecht, wenn sie einen einheitlichen Vorgang anerkennt. Das wird entweder dadurch erreicht, daß man in den Zustimmungserklärungen der einzelnen Beteiligten zum Parteiwechsel gleichzeitig die Einwilligung in eine eventuell darin enthaltene Klageänderung sieht oder, falls man Wechsel und Klageänderung gesondert betrachtet, den Parteiwechsel jedenfalls nur dann zuläßt, wenn auch die Parteiänderung zustandekommt. Die erste Lösung dürfte die bessere sein. Sie entspricht auch dem Willen der Parteien, wie sich aus dem obigen Beispielsfall ergibt. Stimmen die Parteien dem Eintritt des Sohnes an Stelle des Gutsbesitzers zu, so bringen sie damit zum Ausdruck, daß sie nunmehr auch über die Berechtigung der Ansprüche des Sohnes und nicht des Vaters verhandeln wollen.

§ 5 DIE ZUM KLÄGERWECHSEL ERFORDERLICHEN ZU-
STIMMUNGEN

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage
notwendig?

1. Die Stellung des alten Klägers

Beim Klägerwechsel ergibt sich für den alten Kläger folgende Situation: Er muß erkennen, daß seine Klage unbegründet ist, da er hinsichtlich des Streitgegenstandes nicht sachlegitimiert ist. Das hat zur Folge, daß der Kläger an einer weiteren Verfolgung dieses Anspruches nicht interessiert ist. Er wird sogar einsehen müssen, daß seine Klage wahrscheinlich abgewiesen werden wird, wenn er das Verfahren nicht dem wahren Berechtigten überlassen kann. Eine Abweisung würde für den alten Kläger eine Verurteilung in die gesamten Kosten des Rechtsstreits zur Folge haben. Aber auch mit einer Rücknahme seiner Klage würde er nichts anderes erreichen, denn auch in diesem Fall träfen ihn die gesamten Prozeßkosten.

In dem schon häufiger herangezogenen Beispielsfall⁴⁵ liegt es wie folgt: Der Vater kann den Rechtsstreit nicht erfolgreich zu Ende führen, da ihm persönlich keine Ansprüche auf Grund des Unfalles seines Sohnes zustehen. Es ist vielmehr nur dem unmittelbar geschädigten Sohn Schadensersatz zu leisten.

Der alte Kläger (hier der Vater) hat daher kein Interesse an einer Fortsetzung des Rechtsstreits. Er wird ihn vielmehr gerne dem wahren Berechtigten (seinem Sohn) überlassen, wenn er dadurch eine Klagerücknahme oder Abweisung seiner Klage und die jeweils damit verbundene Kostenfolge vermeiden kann.⁴⁶ Er wird daher den Parteiwechsel vornehmen

45.) OLG München, LZ 1927, 1562; vgl. S. 8

46.) So auch de Boor S. 101 und Henckel S. 233

wollen, aber auch vornehmen müssen, um sich aus dem für ihn aussichtslosen Rechtsstreit zu lösen. Ohne seinen Willen wird aber auch sein Ausscheiden aus dem Verfahren nicht möglich sein, denn er hat die Klage anhängig gemacht, nur er ist daher berechtigt, über sie zu verfügen.⁴⁷ Mit seiner Lösung aus dem Prozeß verzichtet der alte Kläger auf Rechtsschutz gegenüber dem Beklagten. Ein solch wesentlicher Schritt kann natürlich nicht gegen seinen Willen vorgenommen werden.⁴⁸

2. Die Stellung des neuen Klägers

Auch dem neuen Kläger bietet der Eintritt in das schwebende Verfahren wesentliche Vorteile. Er erspart dabei eine eigene Klageerhebung und wird durch die Verwendung der bisherigen Prozeßergebnisse schneller zu seinem Ziel kommen. Auch das zeigt sich in dem herangezogenen Beispielsfall deutlich. Die Fragen des Unfallherganges, des Verschuldens, der eingetretenen Schäden usw. waren wohl schon weitgehend geklärt, sodaß der Sohn bei seiner Prozeßführung hierauf aufbauen konnte.

Für den neuen Kläger stellt der Eintritt praktisch die Erhebung einer Klage dar, denn er verlangt nun erstmalig Rechtsschutz gegen den Beklagten. Das soll freilich nicht in den üblichen Formen der Klageerhebung, sondern durch den Eintritt in ein schwebendes Verfahren geschehen. Trotzdem bedarf es aber eines Aktes des neuen Klägers zur Übernahme des Rechtsstreits, denn das Gesetz gewährt nur dann Rechtsschutz, wenn er erbeten wird. Es bleibt demnach immer dem Kläger überlassen, ob und mit wem er über sein Recht streiten will.⁴⁹

47.) So auch Pohle S.148; Franz S.84

48.) Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ (Schumann/Leipold) § 268 II 2 d; Bernhardt S.207; Blomeyer § 115 V 2; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3 a aa; Pohle S.148; Franz S.84

49.) Vgl. de Boor S.101; Henckel S.233; Schumann/

3. Die Stellung des Beklagten

Der Beklagte erhält durch den Parteiwechsel schneller Auskunft darüber, ob er dem neuen Kläger gegenüber verpflichtet ist. Zwar verliert er gleichzeitig die ziemlich sichere Aussicht, ein klageabweisendes Urteil gegen den alten Kläger zu erhalten; insoweit ist er aber nicht schutzwürdig, denn dadurch würde er den alten Kläger nur schädigen, während er den neuen Kläger, dessen Klage er sich in jedem Fall später stellen muß, in seiner Rechtsverfolgung behindert. Der Beklagte hat jedoch ein berechtigtes Interesse an einer rechtskräftigen Entscheidung gegen den alten Kläger, um dadurch in Zukunft vor dessen weiteren Angriffen geschützt zu sein.⁵⁰ Dieses Interesse darf nicht zu gering bewertet werden, denn häufig wird der alte Kläger die Sachlegitimation deshalb falsch beurteilt haben, weil sie schwierig zu klären war. Aus diesem Grunde ist es durchaus möglich, daß sich im weiteren Verlauf des Verfahrens mit dem neuen Kläger herausstellt, daß die Frage doch noch nicht endgültig richtig entschieden ist, und der Beklagte eine neue Klage des alten Klägers zu erwarten hat.

In unserem Beispielsfall⁵¹ ist das Interesse des Beklagten an einer Entscheidung gegenüber dem Vater ziemlich gering. Bei dem fraglichen Unfall ist nur der Sohn verletzt worden, es sind daher vom Vater persönlich keine weiteren Angriffe zu erwarten. In der Rechtsprechung sind jedoch Fälle aufgetreten, in denen die Sachlegitimation der neu eintretenden Partei sehr zweifelhaft war. So war in dem

Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 c; Bernhardt S.207; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3 a aa; Pohle S.149

50.) Vgl. de Boor S.101; Schwab ZZP 73,477; Henckel S.233; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 f; Bernhardt S.208

51.) OLG München, LZ 1927,1562; vgl.S.8

vom Reichsgericht entschiedenen Fall RGZ 160,204⁵² umstritten, ob der Vertrag mit dem Angestellten oder auf Grund seines Abschlusses für seinen Prinzipal zustandegekommen war. Hier hat der Beklagte durchaus ein Recht, auf die Feststellung, daß er dem alten Kläger (dem Angestellten) nichts schuldet. Darüberhinaus sind zwei Fälle⁵³ bekannt geworden, in denen nach Durchführung eines Parteiwechsels wieder die alte Partei mittels einer neuerlichen Parteiänderung in den Rechtsstreit trat, da sie doch sachlich berechtigt war.

Der Beklagte hat allerdings erst dann ein Recht darauf gefragt zu werden, ob er dem Klägerwechsel zustimmt, wenn er schon zur Hauptsache verhandelt hat, denn erst von diesem Zeitpunkt an ist der Kläger an den Prozeß mit ihm gebunden. Das ergibt sich aus der Vorschrift über die Klagerücknahme (§ 271 Abs. 1), die insoweit einen ähnlichen Fall behandelt. Auch dort gilt der Grundsatz, daß der Kläger sich vom Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache an nicht mehr ohne Zustimmung des Beklagten von seiner Klage trennen kann. Bei einem Klägerwechsel will sich der alte Kläger ebenfalls von seiner Rechtsschutzbitte gegenüber dem Beklagten lösen.⁵⁴

Der Beklagte braucht also vor Eintritt in die mündliche Verhandlung nicht gefragt zu werden, ob er mit dem Klägerwechsel einverstanden ist. Danach ist seine Zustimmung dagegen nicht zu entbehren.

Hätte man die Möglichkeit, dem Rechtsschutzbedürfnis des Beklagten gegenüber dem alten Kläger auch in dem Prozeß mit dem neuen irgendwie Rechnung zu tragen, so wäre die Einwilligung des Beklagten je-

52.) Vgl. oben S. 6/7

53.) Vgl. die Entscheidungen OLG Köln HRR 1941, 388 (s. S. 9) und OLG Stettin OLG 41, 268 (s. S. 15)

54.) Vgl. de Boor S. 101; Rosenberg ZZP 70, 5; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3 a aa; Pohle S. 150; Franz S. 85

denfalls insoweit nicht erforderlich. Aber das Gesetz sieht in seiner heutigen Fassung eine solche Regelung nicht vor.⁵⁵ Eine Rechtskrafterstreckung, wie sie für die Fälle des § 265 in § 325 festgelegt ist, kommt nicht in Betracht, weil die besondere materiellrechtliche Abhängigkeit, die § 265 zwischen dem Anspruch des ursprünglichen und des neuen Klägers voraussetzt, fehlt. Hier handelt es sich vielmehr um die Frage, ob der alte oder der neue Kläger überhaupt berechtigt ist. Ein Verhältnis der Rechtsnachfolge besteht dagegen beim gewillkürten Parteiwechsel nicht.

Die Einwilligung des Beklagten ist dagegen nicht erforderlich, weil er von dem Kläger in einen Rechtsstreit gezogen wird. Auf die Frage, ob eine Person verklagt wird, hat sie keinen Einfluß. Beim Klägerwechsel müßte nur dann etwas anderes gelten, wenn der Beklagte durch den Eintritt des neuen Klägers Nachteile erleiden würde, die über das hinausgehen, was ihm bei einer selbständigen Klage zugemutet wird. Das ist aber nur dann der Fall, wenn man ihn streng an die Prozeßlage im Zeitpunkt des Parteiwechsels binden will und damit seine Verteidigungsfreiheit gegenüber dem neuen Kläger einschränken will. Eine solche Lösung soll hier jedoch nicht vorgeschlagen werden.

Soweit der Klägerbeitritt mit einer Änderung des eingeklagten Anspruches verbunden ist (in unserem Beispielsfall: Der neue Kläger (Sohn) verlangt nunmehr Zahlung an sich, während der alte (Vater) den Anspruch für sich geltend machte.), wird man diese nicht besonders berücksichtigen müssen.⁵⁶

Ist der Beklagte damit einverstanden, daß der neue Kläger in den Rechtsstreit tritt, so wird man darin gleichzeitig auch seine Einwilligung in eine entsprechende Anspruchsänderung sehen können, sofern man eine solche Einwilligung überhaupt für notwen-

55.) Einen solchen Vorschlag enthält § 271 Abs. 1

S. 2 des Entwurfes.

56.) So auch Pohle S. 152; a. A. Entwurf, Begründung S. 87

dig erachtet. Es ist nämlich naheliegend, daß der Beklagte, wenn er sich schon dem neuen Kläger stellen will, mit ihm auch gleich über den richtigen Anspruch verhandeln möchte. In unserem Beispielsfall erscheint es als selbstverständlich, daß der Beklagte, nachdem er die Einwilligung zum Parteiwechsel zwischen Vater und Sohn erteilt hat, nunmehr auch über den Anspruch des Sohnes verhandeln will. Ein Streit der neuen Parteien über den alten Anspruch wäre im allgemeinen sinnlos. Darüberhinaus spricht aber noch ein weiterer Grund dafür, eine eventuell in dem Parteiwechsel enthaltene Klageänderung nicht zu beachten. Der neue Kläger macht nach seinem Eintritt erstmalig einen Anspruch geltend. Er hat bisher nichts verlangt und kann daher auch keinen Anspruch ändern. Wollte man dem neuen Kläger aber nicht das Recht geben, seinen Anspruch in jedem Fall zu verfolgen, so wäre ein Parteiwechsel überflüssig. Der Anspruch des alten Klägers wird den neuen jedenfalls nur in ganz seltenen Ausnahmefällen interessieren.

Es ist denkbar, daß nicht der Kläger, sondern der Beklagte den Mangel der Aktivlegitimation des alten Klägers für den geltend gemachten Anspruch feststellt. So könnte in dem schon häufiger herangezogenen Fall der Beklagte den Vater darauf aufmerksam machen, daß er keine Ansprüche wegen des Verkehrsunfalls hat, sondern nur der Sohn. Will der Beklagte in einem solchen Fall seinen Prozeß mit der richtigen Partei besonders schnell abwickeln, so steht es ihm frei, den Kläger zu veranlassen, einen Parteiwechsel vorzunehmen. Der Beklagte ist aber nicht berechtigt, seinerseits den Parteiwechsel herbeizuführen und an die Stelle des ursprünglichen Klägers eine andere Person zu setzen. Er muß vielmehr immer erst den Angriff des Klägers abwarten.⁵⁷

Es ergibt sich demnach, daß der Klägerwechsel ein

Vorgang ist, zu dem grundsätzlich die Zustimmung beider Kläger und des Beklagten erforderlich ist, da die Interessen all dieser Personen durch die Parteiänderung betroffen werden.⁵⁸

4. Kann das Gericht die Einwilligung eines Beteiligten ersetzen, falls er den Klägerwechsel verweigert?

Beim Klägerwechsel ist es denkbar, daß der alte Kläger sich gegen den Eintritt des neuen wehrt, oder der alte gerne seinen Prozeß dem neuen Kläger abgeben möchte, dieser aber nicht eintreten will, oder daß der Beklagte sich gegen den Eintritt des neuen Klägers wendet.

Es ist schon bei der Frage der notwendigen Zustimmungen erörtert worden,⁵⁹ daß man dem neuen Kläger nicht gegen seinen Willen die Durchführung eines Rechtsstreits auferlegen kann. Ebenso kann man dem alten Kläger nicht ohne seinen Willen den Rechtsschutz versagen. Wenn der Vater in unserem Beispielfall den Anspruch nicht auf den Sohn umstellen will, oder der Sohn den Rechtsstreit nicht übernehmen will, so kann der Parteiwechsel nicht vonstatten gehen. Das gilt auch, wenn die Aktivlegitimation des Sohnes noch so eindeutig ist. Es ist Sache des Klägers, ob und wie er Rechtsschutz verlangt (§ 308). Das Gericht hat nur den erstrebten Rechtsschutz zu gewähren.

Es kommt daher nur in Betracht, die Einwilligung des Beklagten zu ersetzen. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, daß auch dem Beklagten ein Anspruch auf eine Entscheidung zusteht, sobald die Verhandlung zur Hauptsache begonnen hat. Die wesentliche Frage ist daher, ob und wann man es ihm zumuten kann, auf den Rechtsschutz gegenüber dem alten Kläger zu verzichten. Daß der Beklagte leichter auf den Rechtsschutz gegenüber dem alten Kläger ver-

58.) So auch Rosenberg ZZP 70, 4/5; Schwab ZZP 73, 477; Nikisch S. 461; Thomas-Putzo Vor § 50 IV 3 a aa; Lent-Jauernig § 86 II (S. 247)

59.) Vgl. S. 56

zichten kann, zeigt auch unser Beispielsfall. Da der Sohn ausschließlich durch den Unfall geschädigt worden ist, braucht der Beklagte kaum einen neuen Rechtsstreit von Seiten des Vaters zu befürchten.

Man könnte daran denken, die Zustimmung des Beklagten immer dann als ersetzbar anzusehen, wenn der Eintritt des neuen Klägers die sachliche Erledigung des Streitfalles fördert, d.h., einem neuen Prozeß vorbeugt.⁶⁰ Das wird allerdings beim Parteiwechsel fast immer der Fall sein, denn durch den Eintritt der neuen Partei wird es möglich, den Rechtsstreit in der Sache zu entscheiden, während vorher die Klage meist schon wegen mangelnder Aktivlegitimation des alten Klägers abzuweisen war. Das besagt aber nichts darüber, ob es dem Beklagten zugemutet werden kann, daß er dem alten Kläger gegenüber kein Urteil erhält. Der Beklagte kann aus den verschiedensten Gründen ein Interesse an einer solchen Entscheidung haben. Denkbar ist, daß er Schutz gegen eine neue Klage der alten Partei wünscht⁶¹ oder, daß es ihm um eine Rechtfertigung durch die Entscheidung geht. Als Beispiel für den letzteren Fall sei die Vaterschaftsklage genannt. Hier kann dem auszuwechselnden Beklagten auch aus persönlichen Gründen daran gelegen sein, ein klageabweisendes Urteil zu bekommen.⁶² Die Zustimmung des Beklagten zum Klägerwechsel wird man daher nur in sehr engen Grenzen entbehren können, nämlich wenn die Weigerung mißbräuchlich erfolgt.⁶³ Wann allerdings ein solcher Mißbrauch vorliegt, ist nicht ganz einfach zu klären.

60.) So die h.M. in der Rechtsprechung vgl. BGH LM § 264 ZPO Nr. 14/15; NJW 1962, 633; OLG Karlsruhe HRR 1936, 1367; OLG Nürnberg BayJuMinBl 1953, 223; ferner Volkmar S. 102f; a.A. OLG Hamburg OLG 30, 127

61.) Die Fälle OLG Stettin OLG 41, 268 und OLG Köln HRR. 1941, 388 zeigen, daß es durchaus vorkommt, daß eine ausgeschiedene Partei erneut klagt oder verklagt wird.

62.) A.A. Volkmar S. 103

De Boor⁶⁴ meint, man solle hier den Grundsatz von Treu und Glauben anwenden und danach entscheiden, ob es dem Beklagten zumutbar ist, ihm auch gegen seinen Willen den neuen Kläger aufzuzwingen, wenn der Beklagte einer Prozeßübernahme durch diesen nicht zustimmt.⁶⁵ Andere⁶⁶ sind dagegen der Ansicht, man solle keine Ausnahme von dem Grundsatz zulassen, daß der Beklagte dem Klägerwechsel zustimmen müsse. Darin liege eine nicht tragbare Einflußnahme des Gerichts auf Belange, die der Partei selbst anheimgestellt seien. Das Gesetz gehe davon aus, daß eine für notwendig erklärte Zustimmung nur dann ersetzt werden könne, wenn das ausdrücklich bestimmt sei.

Diese gegensätzlichen Lösungsvorschläge zeigen die ganze Problematik dieser Frage. So sehr man einerseits wünschen wird, einen völlig sinnlosen Widerspruch des Beklagten gegen den Klägerwechsel zu brechen, so sehr erscheint es andererseits notwendig, den Beklagten vor der Mißachtung seiner Interessen durch das Gericht zu schützen, denn es liegt nahe, daß bei einer Ersetzung der Einwilligung des Beklagten durch das Gericht die festen Grenzen für die Notwendigkeit der einzelnen Zustimmungen verlorengehen.

Die Interessen des Beklagten dürfen nicht leichtfertig durch die Einführung einer Generalklausel übergangen werden, die praktisch den Willen des Gerichts an die Stelle desjenigen des Beklagten setzt. Für den Beklagten steht zu viel auf dem

63.) So de Boor S. 103/104; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 e; Niskisch S. 461; Pohle S. 152 und MDR 1960, 963; vgl. auch BGHZ 21, 285

64.) S. 104

65.) Vgl. die Angaben in Anm. 63; ferner Gelhaar LM § 264 ZPO Nr. 10; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3

66.) Böttcher MDR 1958, 330f

Spiel, als daß man ihm ohne weiteres einen neuen Kläger aufdrängen könnte. Soweit die Ersetzung der Einwilligung des Beklagten aber generell als unmöglich angesehen wird, ist die Ansicht wohl zu eng. Zwar ist zuzugeben, daß das Gesetz in den Fällen, in welchen es eine Zustimmung eines Beteiligten für notwendig erachtet, grundsätzlich davon ausgeht, daß diese Einwilligung nur dann durch das Gericht ersetzt werden kann, wenn man sich dafür auf eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift stützen kann.⁶⁷ Für den gewillkürten Parteiwechsel gibt es aber keine konkreten gesetzlichen Vorschriften.

Es wird daher richtig sein, eine Lösung zu suchen, die den Interessen aller Beteiligten gerecht wird. Sie darf nicht die Gefahr in sich bergen, die berechnigte Forderung des Beklagten auf Fortsetzung des Rechtsstreits durch die Einführung einer Generalklausel illusorisch zu machen, die schnell Anschluß an die zur Zeit verwandte, jedoch unbrauchbare, Formel von der "Sachdienlichkeit" finden könnte. Sie darf aber auch dem Beklagten nicht die Möglichkeit geben, in schikanöser Weise die Einwilligung in den Klägerwechsel zu versagen, nur um dem alten Kläger Unkosten und Schwierigkeiten zu machen.

Für eine besondere Behandlung kommt praktisch nur eine Fallgruppe in Betracht, nämlich die des Interessevermögenswechsels auf der Klägerseite, d.h. der Fall, daß die Person, die den Anspruch geltend macht, zwar dieselbe bleibt, daß sie aber nunmehr für ein anderes Vermögen streitet. Als Beispiel soll folgender, schon häufiger herangezogene, Fall dienen:⁶⁸ Der Vater sieht ein, daß der Schadensersatzanspruch aus dem Verkehrsunfall nicht ihm, sondern seinem von ihm vertretenen minderjährigen Sohn zusteht. In diesem Fall wäre es äußerst unzweckmäßig, wenn der Beklagte einen Klägerwechsel verhindern könnte.

67.) Bötticher S.331

68.) Vgl. OLG München LZ 1927, 1562 (S.8)

Dann müßte das ganze Verfahren wiederholt werden, ohne daß dabei ein Vortrag von wesentlich neuen Tatsachen und Gesichtspunkten zu erwarten ist. Dagegen würde bei einer Fortsetzung des Prozesses durch den alten Kläger (Vater) für den von ihm vertretenen neuen (Sohn) wohl kaum damit zu rechnen sein, daß die Interessen des Beklagten beeinträchtigt werden. Er erhält zwar keine Entscheidung gegenüber der alten Partei, die Gefahr, daß diese ihn nochmals belangt, dürfte jedoch ausgesprochen gering sein. Es geht nämlich praktisch vor und nach dem Wechsel darum, ob der minderjährige Sohn auf Grund des erlittenen Verkehrsunfalls Ansprüche gegen den Beklagten hat. Der Streit hierüber wird zwischen den neuen Parteien endgültig ausgemacht werden können.

Diese Fallgruppe will deshalb Henckel⁶⁹ aus der allgemeinen Regelung des gewillkürten Parteiwechsels herausnehmen und für sie eine Parteiänderung unter erleichterten Voraussetzungen zulassen. Er ist der Meinung, daß diese Fälle weitgehend denjenigen der Klageänderung entsprechen, da die Beteiligten (genau wie bei der Klageänderung) dieselben bleiben, und eine Änderung nur hinsichtlich des Anspruches eintritt. Bei einem solchen Parteiwechsel soll es daher genügen, daß der Interessevermögenswechsel sachdienlich ist.⁷⁰ Die Sachdienlichkeit liegt vor, wenn der neue Streitgegenstand sich mit dem alten wenigstens teilweise überschneidet, und damit eine Fortsetzung des Prozesses sinnvoll erscheint. In diesen Fällen soll sich die Benachteiligung des Beklagten darin erschöpfen, daß er mit demselben Prozeßsubjekt über einen neuen Anspruch streiten müsse.⁷¹ Das Interesse des Beklagten, ein Sachurteil über den alten Antrag zu erstreiten sei nicht grösser als bei einer Klageänderung, bei der ebenfalls die Möglichkeit bleibe, daß der Kläger den ursprüng-

69.) S.245 ff

70.) Henckel S.246

71.) Henckel S.246/247

lichen Anspruch erneut gegen den Beklagten einklage.

Eine völlige Gleichstellung dieser beiden Fälle erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Sie beachtet zu wenig die Tatsache, daß zwar die Person, die den Prozeß tatsächlich führt, dieselbe bleibt, die Partei aber damit nicht wie bei der Klageänderung unverändert bleibt, sondern wechselt. Es liegt demnach in dem hier behandelten Fall nicht nur eine Änderung des Anspruches, sondern auch eine der Partei vor, die jedoch dadurch verschleiert wird, daß der alte Kläger auch berechtigt ist, den Rechtsstreit für den neuen zu führen.

Eine Änderung des Anspruches wäre bei Sachdienlichkeit, d.h. wenn dadurch der Streit zwischen den Parteien endgültig bereinigt werden kann, zuzulassen (§ 264). Hier ist aber außerdem noch zu beachten, daß der Beklagte ein berechtigtes Interesse daran haben kann, seinen Streit mit dem alten Kläger auszutragen und dadurch vor einem weiteren Rechtsstreit mit ihm geschützt zu sein. Eine solche Gefahr besteht dann, wenn man eine Klageänderung für sachdienlich erklärt, kaum. Dort wird zwischen denselben Parteien über einen Anspruch entschieden, der dem ursprünglichen weitgehend entspricht. Daher ist die Gefahr, daß der Kläger auf den alten Anspruch zurückgreift, gering.

Bei der Parteiänderung ist es aber denkbar, daß die Person, die als Kläger auftritt, zwar dieselbe bleibt, der von ihr geltend gemachte Anspruch sich aber erheblich ändert. In der Literatur ist bisher kein solcher Fall veröffentlicht worden. Die Möglichkeit ist jedoch nicht sehr fernliegend. Wandelt man das oben genannte Beispiel etwas ab und nimmt an, der Vater hätte zunächst einen eigenen Anspruch aus dem Verkehrsunfall, nach dem Wechsel jedoch den seines Sohnes geltend gemacht, so ist das Interesse des Beklagten an einer Entscheidung doch wesent-

lich größer als im Ausgangsfall. Hier überschneiden sich zwar die Streitgegenstände, wie Henckel das wünscht, für den Beklagten ist die Situation aber nicht anders, als wenn auch eine andere Person als Kläger aufgetreten wäre. Man wird daher für einen Klägerwechsel ohne Einwilligung des Beklagten strengere Regeln aufstellen müssen.

Die Einwilligung des Beklagten ist nur dann entbehrlich, wenn er aller Voraussicht nach eine neue Klage des bisherigen Klägers nicht zu erwarten hat. Das ist der Fall, wenn der alte Kläger einerseits auch für den neuen zur Führung des Rechtsstreits berechtigt ist, und andererseits der alte und der neue Streitgegenstand sich nicht nur überschneiden, sondern bis auf ihre subjektive Seite hin identisch sind. Damit ist die Sachlegitimation des neuen Klägers so offensichtlich, daß der Beklagte keine neue Klage des alten Klägers zu erwarten hat. Hier geht es praktisch zwischen denselben Personen (der Kläger aber diesmal als Vertreter eines anderen) um die gleichen Fragen, und es wäre Schikane, wollte der Beklagte sich gegen die Parteiänderung wehren und damit eine völlige Neuauflage des Verfahrens erzwingen. Nur in diesem Fall wird man die Verweigerung der Zustimmung des Beklagten als mißbräuchlich bezeichnen können, denn hier wird die Gefahr, daß der Beklagte von dem alten Kläger erneut in Anspruch genommen wird, nahezu ausgeschlossen sein. Ändert sich aber neben dem Kläger auch der Anspruch erheblich, so wird man dem Beklagten immer das Recht einräumen müssen, gegen den alten Kläger eine Entscheidung zu verlangen.

Verweigert der Beklagte seine Zustimmung zum Klägerwechsel, so kann sie demnach durch das Gericht ersetzt werden, wenn ein mißbräuchliches Verhalten vorliegt. Das ist nur dann der Fall, wenn es dem Beklagten zuzumuten ist, auf eine Entscheidung gegenüber dem alten Kläger zu verzichten. Ein solcher

Verzicht erscheint aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Beklagte keine neue Klage des alten Klägers zu erwarten hat. Das trifft aber nur dann zu, wenn die sachlichen und persönlichen Bindungen des Verfahrens vor und nach dem Parteiwechsel so eng sind, daß damit die Streitfrage entschieden wird. Die Identität des Streitgegenstandes, bis auf seine subjektive Seite, ist aber ebenso wichtig, wie die Identität der den Rechtsstreit führenden Personen. Bestehen diese Gemeinsamkeiten nicht, so ist die Gefahr, daß der Beklagte von dem alten Kläger später nochmals in Anspruch genommen wird, zu groß. Seine Weigerung, dem Parteiwechsel zuzustimmen, ist dann nicht mißbräuchlich.

Bei einem Klägerwechsel ist demnach die Zustimmung aller Beteiligten erforderlich, und zwar die des alten und des neuen Klägers sowie die des Beklagten, sobald er zur Hauptsache verhandelt hat. Die Ersetzung einer verweigerten Einwilligung kommt nur hinsichtlich der des Beklagten in Betracht. Seine Einwilligung kann entbehrt werden, wenn die Verweigerung mißbräuchlich erfolgt.

5. Die Stellung des Gerichts

Nachdem die Rollen der einzelnen Beteiligten hinsichtlich des Klägerwechsels geklärt sind, erhebt sich die Frage, ob auch das Gericht dem Vorgang zustimmen muß.

Es kommt eine Mitwirkung in Frage, weil der neue Kläger in das alte Prozeßrechtsverhältnis eintreten soll, weil der alte Kläger aus dem Prozeß ausscheidet oder wegen des Gesamtvorgangs, des Ausscheidens eines Klägers und Eintretens eines neuen innerhalb ein und desselben Prozeßrechtsverhältnisses.

Wegen des Eintritts eines neuen Klägers in das Verfahren wird man ebenso wie für das Ausscheiden des alten eine Zustimmung des Gerichts nicht für not-

wendig erachten müssen. Das Gesetz geht von der Dispositionsmaxime aus. Es überläßt es den Parteien, einen Rechtsstreit einzuleiten oder durch Klagerücknahme eventuell auch zu beenden. Für die in dem Klägerwechsel enthaltenen Einzelvorgänge der Erhebung einer neuen Klage und der Rücknahme der alten sind daher keine größeren Anforderungen zu stellen als bei einer Klageerhebung oder Klagerücknahme.

Fraglich ist jedoch, ob nicht deshalb eine Zustimmung des Gerichts gefordert werden sollte, weil es sich hier um eine Zusammenfassung der Erhebung einer neuen Rechtsschutzbitte mit der Rücknahme einer früheren in einem Vorgang handelt.

Genügt die Mitwirkung der drei Beteiligten zum Klägerwechsel, so ist der Kreis der zulässigen Fälle sehr groß. Es könnte daher ein Bedürfnis für eine Kontrolle durch das Gericht bestehen, mit dem Ziel, die möglichen Fälle eines Parteiwechsels einzuschränken. Ohne eine solche Einschränkung lassen sich alle Fälle regeln, angefangen davon, daß z. B. der Vater erkennt, daß er nicht der richtige Kläger hinsichtlich des von ihm erhobenen Anspruches ist, sondern sein von ihm gesetzlich vertretener Sohn, auf den er nun die Klage um den gleichen Anspruch umstellen will, bis zu dem Fall, daß an die Stelle des bisherigen Klägers eine völlig neue Person treten will, die einen ganz neuen Anspruch, der in keinem Verhältnis zu dem bisherigen steht, geltend macht. Es liegt auf der Hand, daß im ersten Fall ein Bedürfnis besteht, den neuen Kläger an die Stelle des alten treten zu lassen. Mit dem Vater sind wahrscheinlich schon alle Fragen erörtert worden, und es ist nicht zu erwarten, daß er als Vertreter des Sohnes in derselben Sache wesentlich neue Dinge vorbringen wird. Durch den Eintritt des Sohnes wird der Streit schneller ausgeräumt werden können. Genau das Gegenteil gilt in dem zweiten Beispiel. Dort wird von der neuen Partei, die

bisher noch nichts mit dem Verfahren zu tun hatte, ein neuer Anspruch geltend gemacht, der mit dem alten keine Gemeinsamkeiten hat. Dieser Klägerwechsel ist wertlos, denn man wird aus dem Prozeß mit der alten Partei nichts für den mit der neuen übernehmen können.

Es ist daher teilweise vorgeschlagen worden, einen Klägerwechsel nur dann zuzulassen, wenn das Gericht ihn für sachdienlich erklärt.⁷² Dabei soll das Gericht zunächst prüfen, ob die erforderlichen Einwilligungen der beiden Kläger und des Beklagten vorliegen und alsdann zusätzlich, ob der Klägerwechsel sachdienlich ist. Sachdienlichkeit ist nach dieser Auffassung gegeben, wenn der neue Streitgegenstand mit dem alten noch so viel gemeinsam hat, daß durch die Bindung wenigstens einer Partei an das Prozeßgeschehen vor dem Wechsel ein Vorteil gegenüber der Beendigung des Rechtsstreits und einem anschließenden neuen Verfahren gewonnen werden kann.⁷³

Es ist zuzugeben, daß wirklich nur in diesen Fällen ein Bedürfnis für einen gewillkürten Klägerwechsel besteht, denn nur hier ist eine Fortsetzung des alten Verfahrens praktisch möglich. Es fragt sich jedoch, ob die Tatsache, daß in den übrigen Fällen kein Bedürfnis für einen gewillkürten Parteiwechsel besteht, unbedingt zu einem Verbot der Parteiänderung führen muß.

72.) So Henckel S.242 und Parteiwechsel S.227; Ähnlich Wilckens MDR 1957,208; für die Berufungsinstanz auch Bötticher MDR 1958,330; Franz (S.57ff,59) will den Parteiwechsel nur zulassen, wenn der Streitstoff vor und nach dem Wechsel noch gewisse, die Parteiänderung rechtfertigende Gemeinsamkeiten aufweist.

73.) Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 b; Pohle S.145 und Blomeyer § 115 V 1 a wollen dieses Ergebnis durch eine Anwendung der §§ 59ff erreichen. Vgl. hierzu S.69

Henckel⁷⁴ meint, die Notwendigkeit einer Kontrolle durch das Gericht lasse sich aus § 264 ableiten. Aus dieser Vorschrift gehe hervor, daß eine Klageänderung ohne Zustimmung des Beklagten nur dann als sachdienlich zugelassen werden könne, wenn der neue Streitgegenstand mit dem alten wenigstens noch gewisse Gemeinsamkeiten aufweise. Nur dann biete die Klageänderung noch einen verfahrensrechtlichen Vorteil gegenüber der Abweisung der bisherigen Klage und einer neuen Klageerhebung. Das müsse entsprechend auch für den Parteiwechsel gelten.

Diese Ausführungen treffen für die Klageänderung zweifellos zu, besagen aber nicht unbedingt etwas für den Parteiwechsel. In § 264 ist nämlich auch bestimmt, daß eine Klageänderung mit Einwilligung des Beklagten in jedem Fall zulässig ist. Ist der Beklagte also einverstanden, so ist es belanglos, ob der Streitgegenstand nach der Klageänderung mit dem davor noch etwas zu tun hat und daher die bisherigen Verfahrensergebnisse verwertet werden können. Auch hier ist es möglich, daß das Verfahren vor und nach der Klageänderung so weit auseinandergeht, daß mit der Klageänderung praktisch nicht mehr erreicht wird als mit einer Klagerücknahme und einer neuen Klage. Trotzdem ist die Klageänderung zulässig. Aus den Vorschriften über die Klageänderung ergibt sich daher wohl eher das Gegenteil, nämlich, daß es den Parteien überlassen bleibt, eine Klageänderung (hier entsprechend eine Parteiänderung) herbeizuführen.

Die in dem Parteiwechsel enthaltene Klageänderung kann allein niemals der Grund dafür sein, daß das Gericht um seine Zustimmung gebeten werden muß und es den Parteiwechsel für sachdienlich erklären muß. Es wäre auch durchaus denkbar, daß der neue Kläger zunächst in das Verfahren tritt und erst später die Klageänderung vollzieht. In unserem Beispielsfall läge es wie folgt: Der Vater würde zu-

nächst erklären, daß er den Rechtsstreit nunmehr als Vertreter seines Sohnes führe. Nachdem sich der Beklagte mit dieser Parteiänderung einverstanden erklärt hat, würde er den Anspruch dahin ändern, daß der Schadensersatz nunmehr an seinen Sohn, vertreten durch ihn (den Vater), zu zahlen ist. Diese nachträgliche Klageänderung könnte sich dann aber nur in den Formen des § 264 vollziehen. Es wäre nur dann die Erklärung des Gerichts erforderlich, daß die Klageänderung sachdienlich ist, wenn der Beklagte ihr widerspricht.

Henckel⁷⁵ meint weiter, ein gewillkürter Parteiwechsel könne nur auf eine Analogie zu § 265 Abs. 2 S. 2 gestützt werden. Diese Vorschrift setze aber eine Bindung an die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens voraus. Eine solche Bindung fehle aber, wenn nicht nur die Subjekte, sondern auch die objektiven Elemente des Streitgegenstandes in einer Weise geändert würden, daß eine Beziehung zu dem ursprünglichen Streitstoff nicht mehr vorhanden sei. Um das zu verhindern, sei beim Parteiwechsel ebenfalls die Zustimmung des Gerichts erforderlich.

Gewiß ist im Fall des § 265 eine Bindung der neuen Partei an die bisherigen Prozeßergebnisse selbstverständlich. Das ist aber auf die besondere materiellrechtliche Lage des Falles zurückzuführen, die auch bewirkt, daß ein gegenüber dem alten Kläger ergangenes Urteil dem neuen gegenüber ebenfalls wirksam wäre. Diese enge Verbundenheit der Ansprüche der beiden Kläger liegt beim gewillkürten Parteiwechsel dagegen nicht vor. Es ist beim gewillkürten Parteiwechsel nicht so, daß der alte Kläger früher sachlegitimiert war, während es nun der neue ist, sondern der alte Kläger irrte darüber, daß er es war. Er war es in Wirklichkeit nicht, kämpfte vielmehr um einen vermeintlichen Anspruch. Das zeigt auch der schon häufiger herangezogene Fall. Der Vater hatte nie Ansprüche wegen des Verkehrsunfalles

75.) S. 243

seines Sohnes. Die Rechte standen vielmehr von Anfang an seinem Sohn zu. Wie weit die neue Partei daher an die Ergebnisse des Rechtsstreits mit der alten gebunden ist, bedarf einer späteren genaueren Untersuchung.⁷⁶ Aus § 265 ist aber nicht herzuleiten, daß eine Parteiänderung nur dann möglich ist, wenn auch eine Bindung in Betracht kommt. Es ist vielmehr umgekehrt, daß eine Bindung nur möglich ist, wenn die Streitgegenstände ähnlich sind.

Auch die Anwendung der §§ 59 ff auf den Parteiwechsel,⁷⁷ durch die ebenfalls eine Kontrolle des Gerichts herbeigeführt werden soll, läßt sich aus dem Gesetz nicht herleiten. Nach dieser Ansicht soll ein Parteiwechsel nur dann möglich sein, wenn auch ein gemeinschaftlicher Prozeß der alten und der neuen Partei zulässig gewesen wäre. Dadurch soll wieder erreicht werden, daß Fälle, in denen ein Parteiwechsel nicht sinnvoll ist, von der Regelung ausgeschlossen bleiben. Da die Parteien beim Parteiwechsel nicht gemeinschaftlich klagen wollen, kommt eine direkte Anwendung dieser Normen ohnehin nicht in Betracht.

Eine Einschränkung des Parteiwechsels durch das Gericht, sei es in dem Sinne, daß zusätzlich die Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 59 ff notwendig ist, sei es, daß eine Erklärung für sachdienlich gefordert wird, kann nur dann bejaht werden, wenn die Interessen des Staates dies zwingend erfordern. Das gilt, weil die Zivilprozeßordnung davon ausgeht, daß es regelmäßig Sache der Parteien ist, ob und wie sie ihr Verfahren betreiben. Für das Gericht ist es jedenfalls in erster Instanz unwesentlich, ob der neue Kläger den alten Prozeß mit einem neuen Streitgegenstand weiterführen kann. Kann er es nicht, so wird der alte

76.) Vgl. § 10 (S. 94 ff)

77.) So Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 b; Blomeyer § 115 V 1 a (S. 461); auch Pohle (S. 145) zieht diese Möglichkeit in Erwägung. .

Kläger seine Klage zurücknehmen müssen, und der neue wird eine selbständige Klage anstrengen müssen. Das Gericht hat dann hierüber in einem gesonderten Verfahren zu befinden. Läßt man dagegen den Eintritt zu, so wird für das Verfahren zwar nichts gewonnen, aber auch nichts verloren. Auch bei einer Klageänderung ergeben sich keine Vorteile, wenn der alte und der neue Streitgegenstand völlig verschieden voneinander sind, trotzdem ist sie zulässig. Da der Streit ohnehin entschieden werden muß, bleibt festzustellen, daß kein Bedürfnis zu einer Einschränkung der Parteiänderung in erster Instanz besteht. Es entspricht vielmehr dem Gesetz, die Entscheidung darüber, ob ein Parteiwechsel herbeigeführt werden soll, den Beteiligten zu überlassen.

Durch die Einführung einer zusätzlichen Voraussetzung der Sachdienlichkeit würde demnach nichts erreicht. Die Konstruktion des Parteiwechsels würde vielmehr unnötig noch komplizierter. Darüberhinaus entstünde noch ein weiterer Streitpunkt, wann nämlich ein Parteiwechsel noch sachdienlich und wann er es nicht mehr ist.

Aus den gleichen Gründen braucht die Frage, was mit der in dem Klägerwechsel meistens enthaltenen Klageänderung zu geschehen hat, hier nicht näher zu interessieren. Liegt eine Klageänderung vor, so ist sie jedenfalls als Teil des Klägerwechsels mit diesem zusammen wirksam geworden. Einer besonderen Zustimmung der Beteiligten oder einer Erklärung durch das Gericht, daß der Vorgang sachdienlich ist, bedarf es hierzu nicht. Der Wunsch aller Beteiligten war es, den Klägerwechsel herbeizuführen. Die abgegebenen Zustimmungen haben daher den Gesamtvorgang eintreten lassen.⁷⁸

Festzustellen bleibt demnach, daß zu einem Klägerwechsel grundsätzlich die Zustimmung aller Beteiligten erforderlich ist. Lediglich das Einverständnis des Beklagten ist entbehrlich, falls er noch

78.) Vgl. hierzu auch S. 55/56

nicht zur Hauptsache verhandelt hat. Verweigert er seine Einwilligung nach Eintritt in die Verhandlung zur Hauptsache, so ist sie bei mißbräuchlicher Verweigerung zu ersetzen.

Abschließend sei noch einmal darauf hingewiesen, daß die einzelnen Erklärungen der Beteiligten Teile eines einheitlichen Vorganges sind. Nur wenn alle erforderlichen Zustimmungen vorliegen, kommt der Klägerwechsel zustande. Die einzelnen Erklärungen haben dagegen für sich genommen keinen selbständigen Wert. Sie stellen nicht etwa eine Klageerhebung, Klagerücknahme oder Klageänderung dar.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Überprüft man nunmehr die wegen der Stellung der einzelnen Beteiligten notwendige Lösung an Hand der heranzuziehenden Vorschriften, so ergibt sich Folgendes:

Bei einer Parteiänderung nach § 265 Abs. 2 S. 2 ist zunächst ein Akt von Seiten dessen erforderlich, der in das Verfahren treten will. Darüberhinaus ist nach dem Gesetz noch die Zustimmung des Gegners, hier also des Beklagten, notwendig. Insoweit würde also eine analoge Anwendung des § 265 den Anforderungen bei dem gewillkürten Parteiwechsel im wesentlichen genügen. Hinsichtlich der Stellung der dritten Person (des alten Klägers) gibt die Vorschrift dagegen keine Auskunft. Die Ansichten darüber, ob auch er gefragt werden muß, gehen auseinander. Teilweise wird die Meinung⁷⁹ vertreten, die alte Partei müsse einem Wechsel nicht zustimmen, weil sie die Streitsache veräußert habe und damit kein schutzwürdiges Interesse mehr an der Fortsetzung des Rechtsstreits habe. Die herrschende Meinung⁸⁰

79.) So Nikisch S. 459; Henckel S. 219; anders allerdings für die gewillkürte Parteiänderung.

80.) Vgl. u. a. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 265 VI 1; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 101 III 2 (S. 495); Baumbach-Lauterbach § 265

geht demgegenüber dahin, daß der Rechtsnachfolger auch der Einwilligung seines Vorgängers bedürfe, denn dieser könne nicht ohne seinen Willen aus dem Prozeß gewiesen werden. Ein Verfahrensbeteiligter könne nicht ohne seinen Willen seine Parteirolle aufgeben. Das muß, wie bereits oben dargelegt, für den gewillkürten Parteiwechsel ganz besonders gelten. Die alte Partei ist dort vor allem deshalb über den Normalfall des § 265 hinaus schutzwürdig, weil kein Fall der Rechtsnachfolge vorliegt. Sie hat nicht die Streitsache veräußert und damit das Interesse daran im wesentlichen verloren. Beim gewillkürten Parteiwechsel hat sie vielmehr ihre Beziehung zu dem Streitgegenstand falsch beurteilt. Die Entscheidung darüber, ob das zutrifft, muß ihr aber selbst überlassen bleiben. Für den gewillkürten Parteiwechsel ist daher die Ansicht vorzuziehen, nach der auch die Einwilligung des alten Klägers im Rahmen des § 265 erforderlich ist.⁸¹

Auf die Frage, ob und wann die Zustimmung eines der Beteiligten überflüssig ist, gibt § 265 keine Antwort. Insoweit wäre daher eine Analogie nicht möglich. Die oben festgelegten Ausnahmen müßten vielmehr neben dieser Norm anerkannt werden.

Es ergibt sich demnach, daß eine Analogie zu § 265 einen Teil der Fragen um die notwendigen Zustimmungen gut regelt, einen anderen dagegen unberücksichtigt läßt.

Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung würde wie folgt aussehen:

§ 264 behandelt den Fall, daß der Kläger eine Anspruchsvertauschung gegenüber dem Beklagten vornimmt. Dabei bleiben naturgemäß die Parteien unverändert. Aus diesem Grunde kann § 264 auch keine Auskunft darüber geben, welcher Kläger den Wechsel einleiten muß und welche Stellung der andere Kläger bei dem Vorgang hat. Soweit bisher eine direkte An-

81.) So auch de Boor S.92; Henckel S.219

wendung der Vorschriften über die Klageänderung auf die Parteiänderung befürwortet wurde, ist den Anhängern dieser Ansicht mit Recht vorgeworfen worden, die Anwendung des § 264 stelle den Anteil eines jeden Beteiligten an dem Vorgang nicht genügend klar.⁸² - Dieselben Bedenken ergeben sich auch hinsichtlich einer analogen Anwendung der Vorschrift. Lediglich in Bezug auf die Stellung des Beklagten vermag die Norm einigermaßen zu befriedigen. Der Beklagte muß einwilligen. Seine Zustimmung kann ersetzt werden, wenn das Gericht die Parteiänderung für sachdienlich erachtet. Sachdienlich ist eine Klageänderung, wenn sie die Erledigung des Rechtsstreits fördert, d.h. einem neuen Prozeß vorbeugt.⁸³ Dieser Begriff müßte allerdings bei der Parteiänderung in dem oben genannten Sinne abgewandelt werden.

Überprüft man die bisher in der Rechtsprechung unterschiedenen Fälle eines Klägerwechsels, so stellt man fest, daß die Frage, wie der Anteil der beiden Kläger an dem Wechsel zu beurteilen ist, bisher nicht streitig geworden ist. Diese Tatsache deutet darauf hin, daß sich der Wechsel bisher wohl im Einverständnis der beiden Kläger vollzogen hat. Hätte man es einem Kläger erlaubt, den anderen aus dem Rechtsstreit zu drängen, so wäre eine solche Entscheidung doch wahrscheinlich veröffentlicht worden. Soweit sich die Vertreter der Klageänderungstheorie mit dieser Frage befassen, sind auch sie der Ansicht, daß beide Kläger gefragt werden müssen.⁸⁴

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß weder die analoge Anwendung des § 265 Abs. 2 S. 2 noch die des § 264 den oben aufgezeigten Notwendigkeiten entspricht. Beide Vorschriften erfordern für die Fälle des Klägerwechsels eine Umgestaltung und Ergänzung.

82.) So schon Kisch S. 179; vgl. auch de Boor S. 15

83.) Ständige Rechtsprechung vgl. u.a. RG JW 1935, 2897; BGHZ 1, 72

84.) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁸ § 268 VII 3a

Eine Lösung, die den Belangen aller Beteiligten gerecht wird, ist daher nur durch eine gesetzliche Regelung zu erreichen. Von Interesse ist deshalb in diesem Zusammenhang die Lösung, die der Entwurf des Bundesjustizministeriums vorschlägt.

§ 271 Abs. 1 des Entwurfes fordert für den Klägerwechsel sowohl die Zustimmung des alten wie die des neuen Klägers. Das entspricht auch der hier vorgeschlagenen Lösung. Eine Abweichung ergibt sich jedoch insoweit, als die Einwilligung des Beklagten nicht notwendig sein soll.⁸⁵ Die Interessen des Beklagten sollen vielmehr in der Weise berücksichtigt werden, als er verlangen kann, daß die Klage des ausscheidenden Klägers abgewiesen wird. Wie schon oben dargelegt,⁸⁶ besteht kein Anlaß dafür, den Beklagten um sein Einverständnis zu fragen, falls seinem Rechtsschutzinteresse gegenüber dem alten Kläger durch ein Urteil Rechnung getragen wird und ihm durch den Klägerwechsel keine weiteren Nachteile entstehen. Da der Beklagte jedoch nach dem Entwurf auch dem neuen Kläger gegenüber an sein bisheriges Vorbringen gebunden sein soll,⁸⁷ ist es nicht gerechtfertigt, den Parteiwechsel unabhängig von seinem Willen zu vollziehen. Diese Einschränkung seiner Verteidigungsfreiheit kann man dem Beklagten nicht ohne seine Einwilligung zumuten. Obwohl der Beklagte auch gegenüber dem ausscheidenden Kläger Rechtsschutz erhält, ist die in dem Entwurf vorgesehene Regelung nicht sachgerecht. Falls man dem Beklagten Bindungen auferlegen will, muß man ihn auch um sein Einverständnis bitten.

Die Frage, ob die Zustimmung eines Beteiligten wegen mißbräuchlicher Verweigerung ersetzt werden kann, ist in dem Entwurf nicht geregelt. Die Begründung⁸⁸ sagt dazu, es solle, wie bisher, der

85.) Vgl. Begründung S. 86

86.) S. 54 ff

87.) Vgl. Begründung S. 90

88.) S. 51/52

Rechtsprechung überlassen bleiben, zu entscheiden, wann die Verweigerung der Zustimmung zu einer Parteiänderung mißbräuchlich sei. Das ist deshalb zweckmäßig, weil es nicht einfach ist festzustellen, wann ein Mißbrauch vorliegt. Eine gesetzliche Regelung müßte daher sehr ausführlich sein, um jeden einzelnen Fall zu erfassen. Es ist daher besser, die Klärung dieser Frage der Rechtsprechung zu überlassen. Zu beachten ist jedoch, daß die Entscheidung darüber, ob eine Einwilligung mißbräuchlich verweigert wird, nicht mit der Frage gleichgestellt werden kann, ob eine Parteiänderung sachdienlich ist. Insoweit wäre ein Hinweis in der Begründung des Entwurfes angebracht.

Eine Kontrolle des Vorgangs durch eine zusätzliche Mitwirkung des Gerichts ist in dem Entwurf nicht vorgesehen. Wie schon oben dargelegt, ist eine solche Vorschrift zumindest in der ersten Instanz nicht notwendig.

§ 6 DIE FORM DES KLÄGERWECHSELS

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Der Klägerwechsel sollte in recht einfacher Form vonstatten gehen, damit das Verfahren möglichst schnell mit der richtigen Partei fortgesetzt werden kann. Erstrebenswert ist, daß die einzelnen Erklärungen in der mündlichen Verhandlung abgegeben werden können, in das Protokoll aufgenommen werden, und anschließend das Rubrum berichtigt wird. Auf unseren Beispielsfall bezogen bedeutet das: Es müßte ausreichen, wenn der Vater in der mündlichen Verhandlung vorträgt, daß er die Klage nunmehr auf seinen Sohn umstellt, und der Beklagte dem zustimmt.

Eine Klage wird zwar grundsätzlich durch die Zustellung eines Schriftsatzes erhoben (§ 253). Die für die Klageerhebung geltenden Formvorschriften dienen in erster Linie dem Schutz des Beklagten. Beim Klägerwechsel ist der Beklagte aber nicht gleich schutzwürdig, denn er war schon bisher am Verfahren beteiligt und hat sich entsprechend einrichten können. Im übrigen ergibt sich aber auch aus den §§ 280, 281, daß ein Anspruch nicht nur durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern auch in der mündlichen Verhandlung anhängig gemacht werden kann. Eine vereinfachte Form des Verfahrens ist zur Beschleunigung des Vorgangs vorteilhaft. Sie ist zulässig, falls dadurch die Interessen der einzelnen Beteiligten nicht beeinträchtigt werden.

Dem in der mündlichen Verhandlung anwesenden neuen Kläger muß es erlaubt sein, seine Erklärung dort abzugeben. Der Beklagte erleidet dadurch keinen wesentlichen Nachteil. Bei einer selbständigen Klage müßte der neue Kläger zwar die Form des § 253 einhalten. Das ist hier jedoch überflüssig, denn der

Beklagte war bereits an dem Verfahren beteiligt. Er kennt den Rechtsstreit und ist auch schon zum Termin geladen. Er kann sich daher in gleicher Weise wie in den sonstigen Fällen des § 281 auf die veränderte Lage einstellen. Unser Beispielsfall zeigt, daß darüberhinaus auch kein praktisches Bedürfnis für die Einhaltung der Form des § 253 besteht. Stellt der Vater die Klage von sich auf den Sohn um, so tritt hierdurch keine so schwerwiegende Veränderung des Verfahrens ein, daß der Beklagte eine besondere Vorbereitung dafür benötigte.

Als zweiten Weg wird man den normalen Gang einer Klageerhebung, nämlich die Zustellung eines Schriftsatzes an den Beklagten, für zulässig erachten müssen.⁸⁹ Dadurch wird dem Beklagten die Möglichkeit gegeben, sich rechtzeitig vor der Verhandlung auf die neue Lage einzustellen.

Auch der alte Kläger soll sein Ausscheiden entweder in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes erklären.⁹⁰ Das ist vor allem deshalb angebracht, weil er den schwerwiegenderen Akt der Klagerücknahme, durch den das ganze Verfahren beendet wird, gemäß § 271 Abs. 2 S. 2 ebenfalls wahlweise in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes vornehmen könnte.

Der Beklagte kann seine Einwilligung formfrei erklären. Das ergibt sich aus einem Vergleich mit der Klageerhebung und der Klagerücknahme. Eine Klageerhebung erfordert keine Zustimmung des Beklagten. Die Einwilligung des Beklagten in eine Klagerücknahme ist gemäß § 271 formfrei möglich. Strengere Voraussetzungen sind hier nicht notwendig, da keine

89.) Beide Wege halten für zulässig: Rosenberg ZZP 70, 5; de Boor S. 94; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 c; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3; Franz S. 84

90.) So auch de Boor S. 94; Rosenberg ZZP 70, 5; Franz S. 84

weiteren Interessen des Beklagten betroffen werden. Erklärt der Beklagte sich zu dem Klägerwechsel nicht, so kann man seine Einwilligung in der rügelosen Einlassung auf das Vorbringen des neuen Klägers sehen (§ 295).⁹¹ Hierdurch zeigt der Beklagte, daß er gegen die Fortsetzung des Verfahrens mit dem neuen Kläger nichts einzuwenden hat. Andererseits ist eine solche Klarstellung unbedingt notwendig, denn ein späteres Zurückgreifen auf ein bestehendes Rügerecht würde den Wert des ganzen bisherigen Verfahrens vernichten.

Es ist nicht notwendig, dem Beklagten eine neue Einlassungsfrist zu gewähren.⁹² Die Einlassungsfrist soll dem Beklagten die Vorbereitung auf den Rechtsstreit ermöglichen. Da der Beklagte aber bereits am Verfahren beteiligt war und sich auf die anstehenden Fragen schon vorbereiten konnte, ist eine neue Einlassungsfrist entbehrlich.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Bei einer Überprüfung dieser Ergebnisse an Hand des § 265 ergibt sich: Der Parteiwechsel nach § 265 erfolgt immer in der mündlichen Verhandlung.⁹³ Die Einwilligung des Gegners (hier des Beklagten) ist auch stillschweigend, also durch Unterlassen einer Rüge, möglich.⁹⁴ Die Analogie zu § 265 würde demnach dem Klägerwechsel im wesentlichen - jedoch nicht in allen Belangen - gerecht.

Bei einer Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung ist § 281 heranzuziehen.⁹⁵ Der neue An-

91.) De Boor S.94; Rosenberg ZZP 70,5

92.) Zöller-Stephan § 264 II 1

93.) Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle
¹⁹§ 265 VI 1; de Boor S.94; Baumbach-Lauterbach § 265 4 B

94.) Vgl.N.93

95.) Allg.M.vgl.u.a.Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 281 I 1; Baumbach-Lauterbach § 264,3; § 281,1

spruch wird mit Zustellung eines Schriftsatzes oder durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung rechtshängig. Dabei muß diese Vorschrift allerdings, da hier zwei Kläger vorhanden sind, auf beide Kläger angewendet werden. Andernfalls bliebe die Stellung des einen Klägers ungeklärt. Der Beklagte muß dem Vorgang gemäß § 264 in der mündlichen Verhandlung zustimmen. Läßt er sich rügelos auf die Klage- bzw. analog Parteiänderung ein, so begründet das die unwiderlegbare Vermutung der Einwilligung in den Vorgang (§ 269). Eine spätere Rüge ist dann nicht mehr möglich.⁹⁶ Insoweit wären also die Ergebnisse, die sich aus einer Anlehnung der Parteiänderung an die Klageänderung ergeben, brauchbar. Der Entwurf enthält in § 272 eine Bestimmung, die der hier vorgeschlagenen Lösung genau entspricht.

96.) Allg.M.vgl. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 269 I; Baumbach-Lauterbach § 264 4 A; § 269 1

§ 7 STREITIGKEITEN ÜBER DEN EINTRITT DES

KLÄGERWECHSELS

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Zwischen den Beteiligten kann ein Streit darüber entstehen, ob der Parteiwechsel wirksam erfolgt ist. So kann es unklar sein, ob der neue Kläger eingetreten ist, oder ob sein Eintritt am berechtigten Widerspruch des Beklagten gescheitert ist oder ob gar der alte Kläger sich seinem Eintritt widersetzt hat und der Wechsel daher nicht zustande gekommen ist. Besonders einschneidend ist für den Beklagten auch der Fall, daß das Gericht seinen Widerspruch gegen den Eintritt des neuen Klägers übergangen hat, weil es die Weigerung als mißbräuchlich ansah. In all diesen Fällen soll einem der Beteiligten kein oder jedenfalls nicht der von ihm gewünschte Rechtsschutz gewährt werden.

Ein Streit um diese Frage ist u.a. in folgendem Fall⁹⁷ einmal aufgetreten: Ein Kaufmann hatte unter dem Namen seiner früheren Firma (einer OHG) gegen einen Lotteríeeinnehmer auf Auszahlung eines Gewinnes geklagt. Vor Klageerhebung war die Firma auf einen Dritten übergegangen. In der Berufungsinstanz wollte der Kläger, der den Gewinn für sich persönlich beanspruchte, den Rechtsstreit selbst übernehmen. Der Beklagte widersprach dem. Trotzdem ließ das OLG die Parteiänderung zu.

Die Klage ist schließlich abgewiesen worden, weil der Anspruch dem Kläger nicht zustand. Der Beklagte hat also sein Endziel erreicht. Das besagt aber nichts darüber, ob der Beklagte nicht ein berechtigtes Interesse an einer Entscheidung gegenüber dem alten Kläger (OHG) gehabt hätte.⁹⁸ In einem solchen

97.) RGZ 66, 415; vgl. S. 5/6

98.) Im vorliegenden Fall wäre diese Klage aber

Fall ist es nämlich naheliegend, daß nach Abweisung der persönlichen Klage des Kaufmanns nunmehr die OHG wegen der Forderung an den Beklagten herantritt. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, daß im umgekehrten Fall bei einer Abweisung der Klage der OHG der Kaufmann später persönlich nochmals geklagt hätte. Trotzdem wird man dem Beklagten ein Recht einräumen müssen, den alten Kläger in einem solchen Fall an seiner Klage festzuhalten. Gerade weil in zweifelhaften Fällen die Gefahr besteht, daß der alte Kläger auf seinen Anspruch zurückgreifen wird, ist es dem Beklagten nicht zuzumuten, sich einen neuen Kläger aufdrängen zu lassen. Man wird ihm daher erlauben müssen, sich gegen einen Parteiwechsel, der ohne seinen Willen erfolgt, zu wehren.⁹⁹

Zweckmäßigerweise kann eine solche Frage nur in einem Zwischenstreit entschieden werden, an dem alle drei am Parteiwechsel interessierten Personen beteiligt sind. Entsteht, wie in dem obigen Beispiel, zwischen dem Beklagten und dem neuen Kläger ein Streit, in dem der Beklagte die Feststellung verlangt, daß der alte Kläger noch Partei sei, so muß an diesem Verfahren auch der alte Kläger beteiligt sein, da seine Stellung ebenfalls betroffen ist und er gegebenenfalls das Verfahren fortsetzen soll.¹⁰⁰ Würde hier alleine die Parteirolle des neuen Klägers überprüft, so wäre noch ein weiterer Streit denkbar, in dem der alte Kläger, unabhängig von dem anderen Verfahren, die Feststellung verlangt, daß er Partei sei. Es wäre dann nicht ausgeschlossen, daß das Gericht zu dem Ergeb-

mangels Vertretungsbefugnis des Klägers ebenfalls abgewiesen worden.

99.) So auch de Boor S. 126 ff; Rosenberg ZZP 70, 4; Thomas-Putzo Vor § 50 IV 5; Franz S. 74 ff

100.) De Boor S. 126 ff; Für einen Streit nur zwischen zwei Personen: Thomas-Putzo Vor § 50. IV 5; Franz S. 74 ff

nis käme, auch er sei Partei in dem laufenden Rechtsstreit. Damit wäre allerdings ein Zustand erreicht, den alle Beteiligten ursprünglich nicht gewollt haben.

Eine unanfechtbare Entscheidung des Gerichts über die Frage, wer Partei ist, etwa analog der Vorschrift des § 270,¹⁰¹ wird den Interessen der Beteiligten nicht gerecht. Die Entscheidung darüber, ob eine Person in einem Rechtsstreit Partei ist, ist von so grundlegender Bedeutung, daß man sie nicht unanfechtbar über die Beteiligten hinweg treffen kann. Es ist deshalb notwendig, einen Streit darüber, ob eine Partei noch Kläger ist, in einer anfechtbaren Zwischenentscheidung mit allen drei Personen zu klären.

Eine solche Entscheidung kann zweckmäßiger Weise nur durch Urteil erfolgen, das von allen Beteiligten, die dadurch beschwert sind, deren Anträgen also nicht entsprochen worden ist, angefochten werden kann. Ein normales Zwischenurteil würde den Interessen der einzelnen Beteiligten nicht gerecht, denn dem aus dem Rechtsstreit Gewiesenen wäre dann keine Möglichkeit gegeben, sich gegen das Urteil zu wehren. Es ist zweckmäßig eine solche Entscheidung sofort am Anfang des Rechtsstreits zu erlassen, damit dann das weitere Verfahren zwischen den verbleibenden Parteien ohne Schwierigkeiten darüber, wer der richtige Kläger ist, zu Ende geführt werden kann. Das Hauptverfahren müßte für die Zeit des Zwischenstreits unterbrochen werden.

Hier ist demnach an eine Lösung zu denken, die im wesentlichen dem § 275 entspricht. Wenn schon bei Streitigkeiten über das Vorliegen einzelner Prozeßvoraussetzungen der Weg eines rechtsmittelfähigen Urteils möglich ist, müßte das umso mehr auch hinsichtlich der viel wesentlicheren Frage über die

101.) So die h.M. in der Rechtsprechung vgl. RGZ 58, 248; 66, 415; BGH ZZP. 68, 385; ferner Rosenberg, Lehrbuch⁷ § 41 III 2 (S. 169)

Parteistellung, die die Grundvoraussetzung der meisten Prozeßvoraussetzungen ist, gelten.¹⁰² Auch die in § 275 Abs. 2 vorgesehene Möglichkeit, daß das Gericht nach Erlaß der Entscheidung darüber, wer Partei ist, aber vor deren Rechtskraft, anordnet, daß mit der in dem Urteil als richtig genannten Partei weiterverhandelt wird, wäre für die Parteiänderung verwertbar.¹⁰³ Dadurch könnte das Verfahren beschleunigt werden.

Es ergibt sich demnach: Ein Streit darüber, wer in dem Verfahren Partei ist, muß zwischen allen drei am Wechsel beteiligten Personen durch Urteil entschieden werden. Dieses Urteil muß rechtsmittelfähig sein. Jeder der Beteiligten, von dessen Anträgen abgewichen worden ist, muß gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel einlegen können. An dem Rechtsmittelverfahren sind ebenfalls alle drei Personen zu beteiligen. Erst wenn die Frage entschieden ist, wer in dem weiteren Verfahren Partei ist, wird zur Hauptsache weiterverhandelt. Das Gericht kann jedoch nach Erlaß der Entscheidung und vor deren Rechtskraft anordnen, daß das Verfahren fortzusetzen ist.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Bei einem Vergleich der aufgestellten Forderungen mit den heranzuziehenden Gesetzesvorschriften ist festzustellen, daß diese insoweit nicht einmal einen Anhaltspunkt enthalten.

§ 265 regelt den Fall, daß es zwischen den Parteien zu einem Streit über den Wechsel kommt, nicht. Das ist verständlich. Da das zwischen den Parteien ergehende Urteil gemäß den §§ 265, 325 auch für und gegen die neue Person wirkt, ist das Interesse der Beteiligten daran, wer den Rechtsstreit führt, entsprechend geringer. Die streitige Frage wird, im Gegensatz zum gewillkürten Parteiwechsel, dort in je-

102.) So auch de Boor S. 133

103.) de Boor S. 134

dem Fall für und gegen alle Beteiligte entschieden. Das sieht auch de Boor¹⁰⁴ ein, der deshalb in Abweichung von § 265 einen entsprechenden Zwischenstreit vorschlägt.

Aber auch die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Klageänderung hilft hier nicht weiter. § 270 besagt: Eine Anfechtung der Entscheidung, daß eine Änderung der Klage vorliegt oder, daß die Änderung zuzulassen ist, findet nicht statt. Das bedeutet, auf den Klägerwechsel bezogen, daß sich der Beklagte nicht dagegen wehren kann, falls das Gericht den Wechsel trotz seines Widerspruches zuläßt. - §. 270 ist geschaffen worden, um eine Vervielfältigung der Prozesse zu verhindern. Der Beklagte, welcher sich grundlos gegen die Änderung des Anspruches des Klägers wehrte, sollte nicht durch Rechtsmittel die Möglichkeit haben, den Prozeß weiter zu verzögern. Diese Regelung mag bei einer Anspruchsvertauschung angemessen sein. Der Beklagte erhält hier ein Urteil gegenüber dem gleichbleibenden Kläger, und der Streit wird damit fast immer beendet sein. Beim Klägerwechsel erhält aber der Beklagte gegenüber dem ausscheidenden Kläger bzw. umgekehrt dieser gegen den Beklagten keinen Rechtsschutz. Es ist dann aber nicht gerechtfertigt, dem Betroffenen gegen eine solche Entscheidung kein Rechtsmittel einzuräumen.

Um diesem Mangel abzuhelpfen, ist teilweise vorgeschlagen worden, den § 270 auf die Parteiänderung nicht anzuwenden und die Anfechtung der Entscheidung, daß die Parteiänderung zugelassen werde, zu gestatten.¹⁰⁵ Dieser Vorschlag ist allerdings von der Rechtsprechung nicht akzeptiert worden.¹⁰⁶

Der Entwurf sieht die Möglichkeit, einen Streit

104.) S. 126ff

105.) Wieczorek § 264 E III b 2

106.) BGH ZZP 68, 385; BGHZ 21, 285, S. 288 betont, daß die Anwendung der §§ 264ff auch den § 270 einschloesse.

über den Eintritt eines Parteiwechsels durchzuführen, ebenfalls nicht vor. In der Begründung¹⁰⁷ wird zwar die Frage aufgeworfen, ob man die Passivlegitimation, vor allem bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts, vorab in einem Zwischenstreit mit allen in Betracht kommenden Körperschaften klären soll. Die Frage wird aber zu Recht verneint, da ein solches Vorverfahren nicht zu einer beschleunigten Abwicklung des Rechtsstreits führen würde. Es reicht aus, wenn die Passivlegitimation, wie üblich, in dem laufenden Verfahren überprüft wird.

Anders liegt es aber dann, wenn es darum geht, ob eine Partei noch am Verfahren beteiligt ist, sie also Rechtsschutz erhalten soll oder nicht. Das gilt vor allem dann, wenn man die Zustimmung eines Beteiligten zum Parteiwechsel wegen mißbräuchlicher Verweigerung für entbehrlich hält. In diesem Fall muß man dem Betroffenen die Möglichkeit geben, sich dagegen zu wehren.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang allerdings, daß nach § 271 des Entwurfes der Beklagte das Recht haben soll, bei Ausscheiden des alten Klägers einer Abweisung seiner Klage zu verlangen. Die Interessen des Beklagten werden hierdurch weitgehend berücksichtigt. Trotzdem ist aber nicht ausgeschlossen, daß Unklarheiten unter den Parteien über den Eintritt der Parteiänderung entstehen. Dann ist aber ein Zwischenstreit mit allen Beteiligten notwendig. Bei einer gesetzlichen Regelung des Parteiwechsels wäre eine entsprechende Vorschrift daher wünschenswert.

107.) S.52ff

§ 8 DIE PROZESSUALEN WIRKUNGEN DES KLÄGERWECHSELS

Beim Parteiwechsel tritt eine neue Partei in den Rechtsstreit. Sie macht meistens auch einen wenigstens in einigen Beziehungen neuen Streitgegenstand geltend. Es ist z.B. selbstverständlich nicht dasselbe, ob der Vater oder der Sohn einen Anspruch auf Schadensersatz aus dem Verkehrsunfall geltend macht.¹⁰⁸ Aus diesem Grunde ist es notwendig, die prozessuale Lage nach dem Wechsel zu überprüfen.

Zunächst müssen die Prozeßvoraussetzungen neu geprüft werden.¹⁰⁹ Sie müssen in jeder Lage des Verfahrens, also auch nach dem Wechsel, vorliegen,¹¹⁰ denn sonst dürfte kein Sachurteil ergehen.

Der neue Kläger muß parteifähig, prozeßfähig oder jedenfalls ordnungsgemäß vertreten sein. Im Anwaltsprozeß muß er durch einen Rechtsanwalt vertreten sein. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so kann er die zum Wechsel erforderliche Erklärung nicht abgeben und damit auch keine Parteiänderung herbeiführen.

Außerdem müssen die übrigen Prozeßvoraussetzungen vorhanden sein, insbesondere muß das Gericht auch für den neuen Anspruch zuständig sein. Da der Beklagte bereits vor diesem Gericht steht, und der Parteiwechsel meistens doch nur durchgeführt werden wird, wenn der alte und der neue Anspruch sehr ähnlich sind, wird sich an der Zuständigkeit des Gerichts im allgemeinen nichts ändern, an der örtlichen schon deshalb nichts, weil die Regeln über die örtliche Zuständigkeit an die Person des Beklagten anknüpfen und diese gleichbleibt. Ändert

108.) Vgl. den Fall OLG München, LZ 1927, 1562

109.) So auch de Boor S. 104; Henckel S. 240; Rosenberg ZZP 70, 5; Franz S. 166

110.) Allg. M. vgl. Schumann/Leipold in Stein-Jonas Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j bb; Baumbach-Lauterbach Grundz. 3 vor § 253

sich allerdings durch den Wechsel des Klägers die Zuständigkeit, so hat der Beklagte jedenfalls das Recht, sich auf die Unzuständigkeit zu berufen. Das Gericht muß die Sache dann abweisen oder auf Antrag des Klägers im Rahmen des § 276 an das zuständige Gericht verweisen. Ebenso muß es dem Beklagten erlaubt sein, sich auf eine mit dem neuen Kläger vereinbarte Zuständigkeit zu berufen. Dagegen wird man dem neuen Kläger kein Recht einräumen können, die Unzuständigkeit des Gerichts geltend zu machen. Er gibt vielmehr durch seinen Eintritt zu erkennen, daß er das Gericht als zuständig ansieht.¹¹¹

Dem Beklagten kann ferner die Berufung auf einen Schiedsvertrag, den er mit dem neuen Kläger geschlossen hat oder eine Kosteneinrede (§ 271 IV) nicht verwehrt werden.¹¹²

Ein Versäumnisurteil ist gegen den neuen Kläger, aber auch gegen den Beklagten im Verhältnis zum neuen Kläger erst dann möglich, wenn der Parteiwechsel vollzogen ist, d.h., wenn die zu seiner Wirksamkeit erforderlichen Zustimmungen abgegeben worden sind.¹¹³

Sollten der alte und der neue Kläger denselben Prozeßbevollmächtigten haben, so muß der neue Kläger den Anwalt in jedem Fall nochmals beauftragen.¹¹⁴

Auch wenn der alte Kläger z.B. gesetzlicher Vertreter des neuen ist (Vater-Sohn-Fall), so hat der Anwalt jedenfalls nur eine Vollmacht, für den alten Kläger aufzutreten. Will er auch für den neuen Kläger handeln, so bedarf er einer neuen Vollmacht. Er erhält sie zwar in diesem Fall ausnahmsweise von dem alten Kläger, sie war aber keinesfalls schon in der alten Vollmacht enthalten. Dagegen dürfte die ursprüngliche Beauftragung des Prozeßbevoll-

111.) Franz S. 166

112.) So auch de Boor S. 105; Henckel S. 241; Rosenberg ZZP 70, 5

113.) So auch de Boor S. 105

114.) Franz S. 169

mächtigten des Beklagten auch für den nach dem Parteiwechsel liegenden Verfahrensteil ausreichen, da es sich um ein einheitliches Verfahren handelt.¹¹⁵

Diese Konsequenzen ergeben sich aus einer unmittelbaren Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Prozeßrechts. Insoweit bedarf es keiner Anlehnung an die §§ 264 oder 265 oder einer gesetzlichen Regelung.

115.) So auch Franz S.172 (156/57)

§ 9 DIE MATERIELLRECHTLICHEN WIRKUNGEN DES KLÄGERWECHSELS

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Der Klägerwechsel kann für alle drei an ihm beteiligten Personen auch materiellrechtliche Wirkungen auslösen.

Der alte Kläger scheidet aus dem Rechtsstreit aus. Das Prozeßrechtsverhältnis wird damit ihm gegenüber beendet, und es erlöschen für ihn rückwirkend die prozessualen und materiellrechtlichen Wirkungen, die an die Klageerhebung geknüpft sind.¹¹⁶ Das ist eine ganz selbstverständliche Konsequenz des Klägerwechsels. Wenn der Vater seinen Anspruch auf Schadensersatz aus dem Verkehrsunfall seines Sohnes fallen läßt und nunmehr nur noch die Rechte seines Sohnes verfolgt,¹¹⁷ so erlischt damit die Rechtshängigkeit des alten Anspruches.

Hinsichtlich des neuen Klägers und des Beklagten ist entscheidend, daß der Anspruch des alten und der des neuen Klägers völlig unabhängig voneinander sind. Macht der alte Kläger seinen vermeintlichen Anspruch gegen den Beklagten anhängig, so kann dadurch nicht gleichzeitig der Anspruch eines Dritten (des späteren neuen Klägers), noch nicht am Verfahren Beteiligten, rechtshängig werden. Durch die Klage des Vaters auf Zahlung von Schadensersatz wegen des Verkehrsunfalles seines Sohnes an ihn persönlich wird der Anspruch des Sohnes nicht anhängig gemacht.

Auch rein praktisch würden sich Schwierigkeiten ergeben, wollte man die materiellen Folgen der Rechtshängigkeit hinsichtlich des Anspruches des

116.) Allg.M. vgl. Pohle S.148; Franz S.165

117.) Vgl. den Fall OLG München, LZ 1927, 1562

neuen Klägers schon von der Rechtshängigkeit des Anspruches des alten an eintreten lassen. Der Beklagte würde dann nämlich wohl immer einem Klägerwechsel entgegentreten, um diesen Folgen (z.B. einer rückwirkenden Haftung für Prozeßzinsen) zu entgehen. Besonders schwerwiegend ist für den Beklagten der Fall,¹¹⁸ wenn die geltend gemachte Forderung nach der Klageerhebung, aber vor dem Klägerwechsel verjährt ist. In einem solchen Fall muß man dem Beklagten die Einrede der Verjährung zubilligen, da ihm gegenüber der Anspruch nicht rechtzeitig anhängig gemacht worden ist. In einem selbständigen Rechtsstreit zwischen den Parteien würde sich die Rechtshängigkeit auch erst von der Klageerhebung an ergeben. Der von dem neuen Kläger gegenüber dem Beklagten geltend gemachte Anspruch kann daher materiellrechtlich nur als ein im Laufe des Verfahrens erhobener Anspruch angesehen werden.¹¹⁹ Gemäß § 281 wird dieser Anspruch mit dem Parteiwechsel rechtshängig. Von diesem Zeitpunkt an treten daher auch erst die materiellrechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit ein.

Die Rechtshängigkeit erlischt demnach gegenüber dem alten Kläger mit dessen Austritt aus dem Prozeßrechtsverhältnis. Sie entsteht zwischen dem neuen Kläger und dem Beklagten mit dem Eintritt der neuen Partei in das Verfahren.

Schwierigkeiten können sich hier insoweit ergeben, als es fraglich ist, wie der Zeitpunkt des Eintritts der neuen Partei zu bestimmen ist. Es ist denkbar,

118.) Vgl. den Fall BAG 5, 94 mit grundsätzlich zustimmender Anmerkung von Larenz in AP § 198 BGB Nr. 2 Bl. 175

119.) So auch de Boor S. 106; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S. 175) und ZJP 70, 5; Schwab ZJP 73, 478; Nikisch S. 461; Bernhardt S. 208; Thomas-Putzo Vorbem § 50 IV 3 a aa; Wilckens S. 207ff; Franz S. 167; a.A. Rosenberg, Lehrbuch bis zur 7. Auflage § 41 II 2 (S. 169); Schönke-Schröder-Niese § 30 III 3 (S. 146)

hierfür den Termin der Eintrittserklärung der neuen Partei anzunehmen oder darauf abzustellen, wann die letzte der erforderlichen Einwilligungen abgegeben worden ist. Geht der Wechsel in einer mündlichen Verhandlung vor sich, so ergeben sich keine Zweifel. Die Rechtshängigkeit des neuen Anspruches tritt dann auch in diesem Zeitpunkt ein. Ungewiß ist die Lage jedoch, wenn der neue Kläger dem Beklagten einen Schriftsatz zustellt und der Beklagte dem Vorgang erst in der nächsten mündlichen Verhandlung zustimmt oder ihm gar widerspricht, und der Parteiwechsel erst durch gerichtliches Urteil zugelassen wird. Hier wird man nicht den Termin als entscheidenden Zeitpunkt für den Eintritt der materiellen Folgen der Rechtshängigkeit annehmen dürfen, in dem der Vorgang endgültig durch die Zustimmung des Beklagten oder das diese Zustimmung ersetzende Urteil wirksam geworden ist, sondern den der Wechselerklärung des neuen Klägers. Bei Zustellung eines Schriftsatzes ist daher der Tag der Zustellung und bei einer mündlichen Erklärung in der Hauptverhandlung der Tag des Termins maßgebend.

Das muß angenommen werden, weil der Anspruch des neuen Klägers einem im Prozeß erhobenen Anspruch vergleichbar ist (§ 281). Für dessen Rechtshängigkeit kann aber niemals eine Handlung des Beklagten oder eines Dritten (des aus dem Verfahren ausscheidenden Klägers) entscheidend sein, sondern immer nur eine des Anspruchsinhabers, also des neuen Klägers. Kommt der Wechsel nicht zustande, so ist der neue Kläger nie in das bestehende Prozeßrechtsverhältnis eingetreten. Er war daher nie an dem Verfahren mit dem Beklagten beteiligt und hat daher auch keinen Anspruch anhängig gemacht. Stellt sich aber heraus, daß der Wechsel gültig war, so darf die Rechtshängigkeit des Anspruches des neuen Klägers nicht durch eine Handlung des alten Klägers oder durch einen unberechtigten Widerspruch des Beklagten hinausgezögert werden. Auch bei einer selbstän-

digen Klage der neuen Partei hätte der Beklagte keine Möglichkeit, die Rechtshängigkeit des klägerischen anspruches zu beeinflussen. Bei erfolgreichem Klägerwechsel richtet sich also der Eintritt der materiellen Folgen der Rechtshängigkeit für den neuen Anspruch nur nach der Handlung des neuen Klägers.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Vergleicht man wiederum die herausgearbeiteten Erfordernisse mit den heranzuziehenden Vorschriften, so ergibt sich, daß insoweit jedenfalls eine Analogie zu § 265 unmöglich ist.

In den Fällen des § 265 ist es selbstverständlich, daß die materiellrechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit für den neuen Kläger schon von dem Zeitpunkt an eintreten, in dem der Rechtsvorgänger seine Klage erhoben hat. Das ist allein deshalb so, weil dort der streitbefangene Gegenstand auch nach dem Wechsel derselbe ist, und die Rechtskraft des Urteils, auch wenn die neue Partei den Prozeß nicht übernommen hatte, für und gegen sie wirkt (§ 325). Auch die Frage, in welchem Zeitpunkt die materiellrechtlichen Folgen der Parteiänderung eintreten sollen, läßt sich mit § 265 nicht beantworten. Da das Verfahren mit beiden Klägern im Falle des § 265 eine Einheit bildet, taucht eine solche Frage dort nicht auf.

Die Autoren, welche die gewillkürte Parteiänderung in Anlehnung an § 265 regeln wollen, erkennen ebenfalls die Unbrauchbarkeit dieser Vorschrift hinsichtlich der materiellrechtlichen Wirkungen des Parteiwechsels.¹²⁰ Auch sie wollen daher insoweit § 281 heranziehen.¹²¹ Sie vermeiden damit, in einer wesentlichen Frage unbrauchbare Ergebnisse anbieten zu müssen. Andererseits offenbart sich darin aber auch die Schwäche dieser Konstruktion.

120.) So vor allem de Boor S. 104

121.) Vgl. Anm. 119

Wesentlich besser paßt dagegen eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung. Der neue Anspruch wird bei der Klageänderung erst mit Zustellung eines Schriftsatzes oder Vortrag in der mündlichen Verhandlung anhängig. Hier ist ebenfalls § 281 maßgeblich.¹²²

In § 273 des Entwurfes ist vorgesehen, daß die gleiche Regelung für den Parteiwechsel gesetzlich festgelegt werden soll.

122.) Vgl. Schwab ZZP 73, 477; Baumbach-Lauterbach § 264 3; Wilckens S. 207; a.A. Rosenberg, Lehrbuch⁷ § 41 III 2 (S. 169) und ZZP 70, 3; Schönke-Schröder-Niese § 30 III 3 (S. 146)

§ 10 DIE VERWERTBARKEIT DER BISHERIGEN
VERFAHRENSERGEBNISSE

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage
notwendig?

Eine der wichtigsten Fragen des Parteiwechsels, wenn nicht die wichtigste überhaupt, ist die Frage, inwieweit die Ergebnisse des alten Prozesses für den neuen verwertet werden können, und weiter, inwieweit sie für das Verfahren bindend sind.

Dieses Problem stellt sich nur für die Fälle, in denen der alte und der neue Streitgegenstand Gemeinsamkeiten aufweisen. Ist das nicht der Fall, so kommt schon aus tatsächlichen Gründen eine Bindung an das bisherige Prozeßgeschehen nicht in Betracht.

Wunsch der Parteien ist es, den alten Rechtsstreit fortzuführen und die bisherigen Ergebnisse, soweit sie für das Verfahren noch brauchbar sind, zu verwerten. Allerdings wird die neue Partei mit einer strengen Bindung an die bisherigen Verfahrensergebnisse nicht einverstanden sein. Sie wird nur dann in den Rechtsstreit eintreten wollen, wenn ihr die notwendige Freiheit in ihrer Rechtsverfolgung gewährleistet wird.

Je enger die Beziehungen der beiden Streitgegenstände zueinander sind, desto eher lassen sich die bisherigen Verfahrensergebnisse für den weiteren Rechtsstreit verwenden. In unserem Beispielfall wird der Vater sicher Wert darauf legen, in dem Verfahren, das er für seinen Sohn fortsetzt, die bisherigen Prozeßergebnisse weiter zu verwenden, da die wesentlichen Fragen vor und nach dem Wechsel sehr ähnlich liegen. Andererseits muß ihm aber auch die notwendige Freiheit in der Prozeßführung zustehen. Dieser Gesichtspunkt ist vor

allem in den Fällen wichtig, in welchen keine enge Verbindung zwischen den wechselnden Parteien vorliegt. Das verdeutlicht folgender Fall:¹²³ Der Angestellte einer Firma hatte Klage auf Erfüllung eines zwischen ihm persönlich und dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrages erhoben. Als sich herausstellte, daß dieser Vertrag für den Prinzipal geschlossen worden war, trat dieser in das Verfahren ein. Auch der Prinzipal wird an einer Fortsetzung des Verfahrens unter Verwertung der bisherigen Ergebnisse interessiert sein. Andererseits wird er aber wahrscheinlich Bedenken gegen einen Eintritt haben, falls ihm nicht die volle Freiheit zur Prozeßführung zugebilligt werden soll. Er kennt die bisherige Prozeßführung seines Angestellten wahrscheinlich nicht genau und wird vielleicht mit der einen oder anderen Handlung nicht einverstanden sein. Das könnte ihn bei strenger Bindung an den Stand des Verfahrens veranlassen, lieber einen neuen Rechtsstreit zu beginnen.

Nach alledem ist festzustellen, daß grundsätzlich der alte Prozeß fortgesetzt werden soll. Der neue Kläger ist in das zwischen seinem Vorgänger und dem Beklagten bestehende Prozeßrechtsverhältnis eingetreten und führt damit den alten Rechtsstreit weiter. Das bisher in dem Verfahren Geschehene gilt daher grundsätzlich auch jetzt noch.¹²⁴ Andererseits muß es dem neuen Kläger gestattet sein, seinen Anspruch gegenüber dem Beklagten durchzusetzen, ohne dabei durch Prozeßhandlungen des vermeintlichen Berechtigten be-

123.) RGZ 160, 204

124.) So auch de Boor S. 105; Rosenberg ZZP 70, 5; Schwab ZZP 73, 478; Nikisch S. 461; Bernhardt S. 208; Henckel S. 240; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3 a aa; ähnlich Lent JZ 1956, 763; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j; Pohle S. 143ff und MDR 1960, 963; 1964, 451; 1966, 275; Franz S. 168 (147); a.A. Kisch S. 126ff und die ihm folgenden Autoren, vgl. oben S. 42

einträchtig zu sein. Würde der neue Kläger an die bestehende Prozeßlage gebunden, so wäre das nicht nur sachlich nicht gerechtfertigt, sondern würde ihn außerdem fast immer veranlassen, lieber nicht in das Verfahren einzutreten und einen neuen Rechtsstreit anzustrengen, in dem er sicher nicht gebunden wäre.¹²⁵ Es stellt sich daher die Aufgabe, einen Mittelweg zwischen einer Bindung und einer Ablehnung der Verwertung des bisherigen Prozeßgeschehens zu finden, der den Interessen aller Beteiligten gerecht wird.

Um das zu erreichen, ist teilweise vorgeschlagen worden, trotz der grundsätzlichen Fortsetzung des Verfahrens, eine Reihe von Ausnahmen hinsichtlich der Verwertbarkeit bzw. Bindung an die bisherigen Verfahrensergebnisse zu machen.¹²⁶

Zunächst soll ein Vorbringen des neuen Klägers niemals nach § 279 als verspätet zurückgewiesen werden, weil es der alte Kläger schon hätte vorbringen können.¹²⁷ Gleiches gilt für den Vortrag des Beklagten gegenüber dem neuen Kläger.¹²⁸ Das ist nur billig, denn eine nachlässige Prozeßführung des alten Klägers darf dem neuen nicht angelastet werden. Darüberhinaus ist zu beachten, daß der neue Kläger bis zu seinem Eintritt überhaupt nicht in der Lage war, in dem Verfahren etwas vorzutragen. Ihm kann daher auch keine grobe Nachlässigkeit oder Prozeßverschleppungsabsicht vorgeworfen werden. Aber auch dem Beklagten muß im Verhältnis zu

125.) Vgl. ebenso de Boor S. 104. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j bb meinen, der Kläger solle das Verfahren dann lieber nicht übernehmen.

126.) So de Boor S. 105ff; Rosenberg ZZP 70, 4ff; Bernhardt S. 208; Franz S. 168; Henckel S. 240f

127.) De Boor S. 105ff; Rosenberg ZZP 70, 4ff; Bernhardt S. 208; Pohle S. 146; a.A. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j bb; Franz S. 169

dem neuen Kläger die Möglichkeit gelassen werden, alles vorzubringen, denn er konnte in der Regel nicht mit dem Wechsel rechnen.

Eine Bindung des Beklagten an seine Geständnisse gegenüber dem alten Kläger sowie eine Bindung des neuen Klägers an die Geständnisse des alten ist ebenfalls abzulehnen.¹²⁹ Der alte Kläger stritt um seinen vermeintlichen Anspruch. Seine Geständnisse konnten daher den Anspruch des wahren Berechtigten nicht beeinträchtigen. Ein Geständnis des Beklagten kann dem neuen Kläger gegenüber deshalb nicht bindend sein, weil es nicht dasselbe ist, welcher Person gegenüber eine solche Handlung vorgenommen wird. Es ist durchaus möglich, daß der Beklagte in dem festen Glauben, dem alten Kläger fehle die Sachlegitimation, und die Klage werde daher ohnehin abgewiesen, diesem Dinge zugestanden hat oder auch nur Behauptungen nicht richtig gestellt hat, die ihm damals vielleicht nicht wesentlich erschienen. Hieran darf er in dem Verfahren mit dem neuen Kläger nicht gebunden sein. Der § 290 ist daher nicht anwendbar.

Die bisherigen Beweisergebnisse sollen bestehen bleiben, allerdings soll den Parteien das Recht eingeräumt werden, die Beweise zu ergänzen und zu berichtigen.¹³⁰ Auch wenn der neue Kläger selbst als

128.) Vgl. Anm. 127; außerdem Franz S. 172 im Gegensatz zum Vortrag des Klägers, der als verspätet gilt.

129.) De Boor S. 106; Rosenberg ZZP 70, 5; Bernhardt S. 208; a. A. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j bb; Pohle S. 142f, 149; Henckel will nur den Beklagten, der mit der Übernahme des Prozesses durch den neuen Kläger einverstanden ist, an seine Geständnisse binden; Franz S. 168 will dagegen den neuen Kläger an die Geständnisse des alten binden.

130.) De Boor S. 106; Rosenberg ZZP 70, 5; Bernhardt S. 208; a. A. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j bb; Franz S. 141f

Zeuge vernommen worden ist, bleibt diese Aussage als Beweismittel verwendbar. Der Richter wird allerdings im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu prüfen haben, welchen Wert er den Darlegungen des jetzigen Klägers beimessen will.

Zweifelhaft ist, was mit einem bereits vor dem Eintritt ergangenen Zwischenurteil zwischen dem alten Kläger und dem Beklagten geschehen soll. Man wird eine Bindung an Zwischenurteile wohl ablehnen müssen. Eine solche Entscheidung befindet endgültig über einen in dem Verfahren entstandenen Zwischenstreit. Gilt dieses Urteil auch für und gegen den neuen Kläger, so ist ihm hinsichtlich dieses Teils des Verfahrens jede Möglichkeit einer Einflußnahme verwehrt. Das Zwischenurteil kann aber für den weiteren Verlauf des Rechtsstreits von so entscheidender Bedeutung sein, daß der neue Kläger den Rechtsstreit wegen der Bindung nicht übernehmen wird und lieber ein neues Verfahren ohne diese Belastung beginnen wird.

Der Vorschlag, die Parteien nach dem Klägerwechsel nicht schlechthin an die bisherigen Verfahrensergebnisse zu binden, sondern in gewissem Umfang eine Berichtigung zuzulassen, ist mit den Interessen der Parteien vereinbar. Er stellt jedoch eine sehr komplizierte Lösung dar und wird daher in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen.

Ein anderer Lösungsversuch zu diesem Thema¹³¹ billigt zwar ebenfalls durchwegs diese Ausnahmen von einer Bindung der Parteien an die bisherige Prozeßführung. Er will diese Ausnahmen aber nur für die neu in das Verfahren eintretende Partei zulassen, während ihr Gegner immer streng an seine bisherige Prozeßführung gebunden werden soll. Ein Beleg dafür soll sich aus § 264 ergeben. Die in dieser Vorschrift vorausgesetzte Bindung beider Parteien an das Prozeßgeschehen vor der Änderung

131.) Henckel S.240

des Streitgegenstandes soll darauf beruhen, daß die Parteien schon an dem Verfahren beteiligt waren. Hieraus folgt nach dieser Ansicht, daß der Gegner der ausgewechselten Partei, der den Rechtsstreit fortsetzt, nunmehr auch gegenüber der neuen Partei an das bisherige Prozeßgeschehen gebunden sei. Das sei darauf zurückzuführen, daß es sein eigener Rechtsstreit war und bleibe.¹³²

Dieser Schluß ist jedoch nicht überzeugend. Bei der Klageänderung bleiben die Parteien zwar an ihre bisherige Prozeßführung gebunden, aber diese Bindung tritt nur deshalb ein, weil der Kläger und der Beklagte, also derjenige, welcher die Prozeßhandlung vorgenommen hat, und derjenige, dem gegenüber sie vorgenommen worden ist, unverändert bleiben. Die Prozeßführung der beiden Parteien ist nur in ihrer Beziehung zueinander zu verstehen und nur in dieser Beziehung gewollt. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt und ist auch nicht dem § 264 zu entnehmen, eine Partei solle dadurch in ihrer Prozeßführung beeinträchtigt sein, daß sie sich einem vermeintlichen Anspruchsinhaber gegenüber schon einmal in dieser Sache verteidigt hat.

Im übrigen würde eine derartige Bindung nur dazu führen, daß die zu bindende Partei die Übernahme des Verfahrens ablehnen würde, und dann ein neuer Prozeß, in dem jede Bindung fehlt, begonnen werden müßte.

Es kann nicht Sinn des Parteiwechsels sein, eine oder gar beide Parteien¹³³ an Prozeßergebnisse zu binden, die sie für falsch halten, und an deren Zustandekommen sie vielleicht nicht einmal mitgewirkt haben. Der Prozeß könnte dadurch eine Richtung erhalten, die zwar eine baldige Erledigung des Verfahrens garantiert, andererseits

132.) Henckel S.240

133.) Für eine strenge Bindung beider Parteien Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j bb; Pohle S.143ff, 150
MDR 1960,963; 1964,451; 1966,275

aber keine gerechte und richtige Entscheidung fördert. Sinn und Zweck des Parteiwechsels darf nie das Streben nach größtmöglicher Verwertung der bisherigen Verfahrensergebnisse durch möglichst weitgehende Bindung sein, sondern nur die sachgerechte Verwertung, soweit sie die Parteien wünschen und sie rechtlich möglich ist. Ziel des Parteiwechsels ist zwar eine Arbeitersparnis für die Parteien und das Gericht. Dieses Streben darf aber keinesfalls dazu führen, daß der Anspruch der Parteien auf eine sachgerechte Entscheidung beeinträchtigt wird. Eine strenge Bindung irgendeines Beteiligten an die bisherigen Verhandlungsergebnisse ist daher nicht gerechtfertigt.

Eine weitere abweichende Ansicht¹³⁴ meint, bei einem Parteiwechsel solle das Gericht in jedem einzelnen Fall nach dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit auswählen, an welche Verfahrensergebnisse die Beteiligten gebunden sein sollen. Eine solche Lösung dürfte jedoch mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren sein. Nach dem Beibringungsgrundsatz ist es Sache der Parteien im Einzelfall zu entscheiden, welchen Tatsachenstoff sie dem Gericht unterbreiten wollen. Das Gericht hat dann diese Tatsachen seiner Würdigung zugrunde zu legen. Eine Auswahl des Prozeßstoffes durch das Gericht kommt daher nicht in Betracht.

Im übrigen würde sich aber auch aus rein tatsächlichen Gründen keine Partei entschließen, in ein schwebendes Verfahren zu treten, wenn sie nicht im Moment ihres Eintritts übersehen könnte, an welche Verfahrensergebnisse sie gebunden werden soll, und welche Konsequenzen sich daraus ergeben können.

Rechtlich haltbar ist demnach nur eine Lösung, die eine weitgehende Berichtigung der bisherigen Verhandlungsergebnisse zuläßt. Der Bereich, der danach

134.) Lent JZ 1956, 762/763

für eine Bindung übrig bleibt, ist allerdings ausgesprochen gering. Die meisten Autoren sprechen zwar immer von einer Bindung der neuen Partei an die Prozeßführung der alten, worin sie aber liegen soll, bleibt bei fast allen Verfassern unklar. Sie stellen zwar alle Regeln auf, für welche Teile des Verfahrens eine Bindung nicht eintreten darf - und in diesen Einzelfragen muß ihnen gefolgt werden - worin aber die Bindung zu finden ist, sagen sie nicht.

Daraus ergibt sich, daß ein objektiv feststehender Rahmen dessen, woran der in das Verfahren tretende Kläger bzw. der Beklagte gebunden werden soll, nicht vorhanden ist. Es muß vielmehr in jedem Einzelfall - allerdings an Hand bestimmter Regeln - ermittelt werden, wie weit die Bindung geht. Das ist ein sehr umständliches und für die Praxis wenig geeignetes Verfahren, das darüberhinaus auch für die Beteiligten eine gewisse Unsicherheit mit sich bringt. Zu einem gleich guten Ergebnis kann man auf einem einfacheren Weg gelangen. Man kann die ganze komplizierte Konstruktion, die sich damit beschäftigt, woran die Parteien nach dem Wechsel gebunden sein sollen, fallen lassen und ganz einfach feststellen, daß die Parteien zwar den bisherigen Rechtsstreit fortführen und dessen Ergebnisse verwerten dürfen, daß sie aber in keiner Weise an diese Ergebnisse gebunden sind. Hierdurch gelangt man auf einfachstem Wege zu einer vernünftigen Kontinuität des Verfahrens, ohne die Interessen eines der Beteiligten zu beeinträchtigen.

Findet sich der neue Kläger dann z.B. mit einer Beweisaufnahme, wie sie das bisherige Verfahren ergeben hat, ab, so ist die entsprechende Frage damit geklärt. Verlangt er eine neue Vernehmung desselben Zeugen, so muß dem entsprochen werden. In gleicher Weise sind die übrigen Fragen zu regeln. - Durch eine so gestaltete Kontinuität des Verfahrens wird allen Beteiligten geholfen. Der neue Kläger

wird gerne in den Prozeß eintreten, da er weiß, daß er kein Risiko eingeht, an ungünstige Verfahrensergebnisse gebunden zu werden, auf die er selber keinen Einfluß hatte. Der Beklagte wird, wenn er kein Interesse mehr an der Fortsetzung des Rechtsstreits mit dem alten Kläger hat, gegen den Eintritt des neuen nichts einzuwenden haben, da ihm in dem Verfahren mit dem neuen Kläger die notwendige Verteidigungsfreiheit eingeräumt wird.

Es ist demnach abschließend festzustellen: Keine Bindung irgendeiner Partei an die bisherigen Prozeßergebnisse, aber freie Verwertbarkeit in dem Verfahren nach dem Wechsel.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Vergleicht man nun wieder die notwendige Lösung mit dem, was sich aus einer Analogie zu den §§ 264, 265 ergibt, so stellt man fest:

Eine Anlehnung an § 265 ist insoweit nicht möglich. Bei einem Parteiwechsel nach § 265 ist die neue Partei, auch wenn ihr der Eintritt in das Verfahren nicht gelingt, an das ergehende Urteil gebunden (§ 325). Aus diesem Grunde ist auch eine Bindung der eintretenden Partei an den jeweiligen Stand des Verfahrens selbstverständlich.¹³⁵ Einer Partei, die ein zwischen Dritten ergangenes Urteil gegen sich gelten lassen muß, wird es ohne weiteres zugemutet, die weniger schwerwiegende Bindung an die Ergebnisse eines noch laufenden Verfahrens auf sich zu nehmen. Die strenge materiellrechtliche Bindung zwischen den wechselnden Personen, die auch die Geltung des ergehenden Urteils für und gegen die neue Partei berechtigt erscheinen läßt, ist jedoch beim gewillkürten Parteiwechsel nicht vorhanden. Aus diesem Grunde muß man den an einem gewillkürten Parteiwechsel Beteiligten eine größere

135.) Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 265 IV 1; Baumbach-Lauterbach § 265

Freiheit in der Prozeßführung einräumen.

Auch die Autoren, welche den gewillkürten Parteiwechsel durch eine Anlehnung an den gesetzlichen Parteiwechsel lösen wollen, lehnen fast alle die strenge Bindung, wie sie in § 265 zum Ausdruck kommt, ab.¹³⁶ Hier stellt sich allerdings die Frage: Warum eine Analogie zu einer Vorschrift, deren Ergebnisse man dann doch nicht akzeptieren will?

Zu ähnlich unerfreulichen Folgen führt aber auch eine analoge Anwendung des § 264. Diese Vorschrift behandelt eigentlich die Anspruchsvertauschung, also den Fall, daß der Kläger dem Beklagten gegenüber den alten Anspruch fallen läßt und einen neuen geltend macht. In einem solchen Fall ist es selbstverständlich, daß die (unveränderten) Parteien an ihr eigenes Vorbringen gebunden werden. Wechseln aber die Parteien, so kann man es der neuen nicht zumuten, das Verfahren zu übernehmen, wenn sie nicht in ihrer Prozeßführung ebenso frei ist, wie in einem neuen Rechtsstreit, den sie ebenfalls in dieser Sache beginnen könnte.

Eigenartigerweise ist bisher kein Fall veröffentlicht worden, in dem ein Streit darüber zu entscheiden war, ob bestimmte Prozeßergebnisse zu übernehmen waren oder nicht. Das läßt darauf schließen, daß die Praxis, trotz der Anwendung des § 264, nach dem Grundsatz vorgeht: Keine Bindung an die Verfahrensergebnisse, aber volle Verwertbarkeit.

Die Unbrauchbarkeit der vorhandenen gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich der Lösung dieser für den Parteiwechsel wohl wesentlichsten Frage, zeigt, daß dem Problem nur mit einer gesetzlichen Regelung beizukommen ist.

136.) So vor allem de Boor S.105; vgl. weiter S.96 Anm.126. Anders nur Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j bb; Pohle S.143ff, 150; MDR 1960,963; 1964,451; 1966,275

Allerdings ist die von dem Entwurf¹³⁷ in dieser Frage vorgesehene Regelung nicht sehr vorteilhaft. Beim Klägerwechsel soll der Kläger den Rechtsstreit in der Lage übernehmen, in der er sich zur Zeit seines Eintrittes befindet (§ 274 S.1 des Entwurfes). Das bedeutet, daß er an die gesamten bisherigen Verfahrensergebnisse gebunden ist und keine Befugnis einer Berichtigung hat.¹³⁸

Die Verfasser des Entwurfs meinen, dem neuen Kläger sei das durchaus zuzumuten, da es in seinem freien Willen stehe, ob er den Rechtsstreit übernehme.¹³⁹ Das ist zwar richtig, erscheint aber den tatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen. Aus den schon oben dargelegten Gründen wird der neue Kläger bei einer solchen Bindung lieber auf den Parteiwechsel verzichten. In den meisten Fällen kann er, da er noch nicht an dem Verfahren beteiligt war, nicht übersehen, was bisher geschehen ist. Er wird daher lieber einen neuen Rechtsstreit anstrengen, in dem er das Risiko der Übernahme von Verfahrensergebnissen, die er nicht erstritten hat und nicht kennt, vermeidet. Die in dem Entwurf insoweit vorgeschlagene Regelung dürfte daher dazu führen, daß sich in Zukunft niemand mehr zu einem Klägerwechsel entschließen wird.

Die diesbezügliche Stellung des Beklagten ist in dem Entwurf nicht geregelt worden. Aus der Begründung¹⁴⁰ ergibt sich jedoch, daß auch er streng an seine bisherige Prozeßführung gebunden werden soll. Ihm wird lediglich gestattet, Ausführungen, die durch den Klägerwechsel veranlaßt sind, nachzutragen, ohne daß er damit rechnen muß, daß sein Vorbringen als verspätet zurückgewiesen wird.

Eine solche Regelung ist für den Beklagten unzumutbar. Es ist nicht dasselbe, ob eine Partei eine

137.) § 274 (S.12)

138.) So die Begründung S.89/90

139.) Begründung S.90

140.) S.90

Prozeßhandlung diesem oder jenem Kläger gegenüber vorgenommen hat. Deshalb kann man sie nicht einfach an diesem Vorbringen festhalten, obwohl es ihr eigenes ist. Besonders unerträglich wird dieser Vorschlag aber dadurch, daß der Beklagte nicht einmal gefragt werden soll, ob er mit dem Klägerwechsel einverstanden ist.¹⁴¹ Dem Beklagten soll demnach, ohne daß er irgend etwas dagegen tun kann, ein neuer Kläger aufgezwungen werden, demgegenüber er noch dazu an Prozeßergebnisse gebunden werden soll, die er mit einer ganz anderen Partei erstritten hat. Das ist nicht gerechtfertigt.

In dieser Frage erscheint daher eine andere Regelung als die der Entwurf bisher vorsieht, dringend geboten.

141.) Vgl. Begründung S.86

§ 11 DIE VERTEILUNG DER KOSTEN DES VERFAHRENS

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Für die Kostenfragen ist die grundsätzliche Einordnung des Parteiwechsels in unser Prozeßrecht ebenso wesentlich wie für die anderen Fragen. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß ein neuer Kläger das von einer anderen Partei begonnene Verfahren nicht fortsetzen kann, vielmehr eine Klagerücknahme und eine neue Klageerhebung notwendig sind,¹⁴² so liegen selbstverständlich auch in kostenrechtlicher Hinsicht zwei Verfahren vor. Es entstehen dann doppelte Gebühren.¹⁴³

Unsere Untersuchung hatte zu dem Ergebnis geführt, daß der neue Kläger in das bestehende Prozeßrechtsverhältnis eintritt, und der ursprüngliche Kläger dafür ausscheidet. Da das Prozeßrechtsverhältnis fortbesteht, liegt auch in kostenrechtlicher Hinsicht dieselbe Angelegenheit vor.¹⁴⁴ Durch den Eintritt der neuen Partei wird kostenrechtlich die Instanz nicht beendet.¹⁴⁵

Auch in unserem Beispielsfall wäre es sachlich nicht gerechtfertigt, wenn nach Eintritt des Sohnes an Stelle des Vaters doppelte Gebühren erhoben würden. Da es im Grunde um denselben Verkehrsunfall und dieselben Sach- und Rechtsfragen geht, ist es nicht angemessen, hierfür doppelte Gebühren zu verlangen.

Die Ansichten sind in der Rechtsprechung geteilt. Eine Kostenverteilung wird im allgemeinen nicht nach der Lage des Einzelfalles, sondern nach der juristisch konstruktiven Einordnung vorgenommen.

142.) So u.a. Kisch S.176ff; vgl. auch oben S.42ff

143.) Ausführlich hierzu Tschischgale NJW 1962, 2135

144.) So u.a. de Boor S.107; LG Düsseldorf MDR 1962, 746/747

145.) OLG Düsseldorf Büro 1955, 149

Diejenigen, welche eine Fortsetzung des Verfahrens anerkennen, wollen auch nur einmal Gebühren erheben.¹⁴⁶ Diejenigen, welche die Fortsetzung dagegen ablehnen,¹⁴⁶ verlangen auch doppelte Gebühren. So sind in dem Fall, in dem der Vater die Mieträumungsklage seiner Kinder gegen den Beklagten übernahm,¹⁴⁷ nur einmal Gebühren erhoben worden. Dagegen wird in den Leitsätzen mehrerer ohne Sachverhalt veröffentlichter Entscheidungen¹⁴⁸ davon gesprochen, daß doppelte Gebühren zu entrichten sind.

Hinsichtlich der Verfahrenskosten ist im einzelnen zwischen den Gerichtsgebühren, Auslagen und Anwaltsgebühren zu unterscheiden.

1. Die Gerichtskosten

Oberster Grundsatz für die Gerichtskosten ist: Es entsteht jeweils nur eine Gebühr, weil das Verfahren mit beiden Klägern eine Einheit bildet.¹⁴⁹

Wurde der Klägerwechsel vor der ersten mündlichen Verhandlung vollzogen, so hat der alte Kläger keine Gerichtskosten zu tragen, denn die entstehenden Gebühren werden alle erst bzw. auch in dem Prozeßabschnitt mit dem neuen Kläger fällig. Aber auch eine Klagerücknahmegebühr entsteht für ihn nicht, da eine Nachfolge in das alte Prozeßrechtsverhältnis durch den neuen Kläger erfolgt. Der alte Kläger scheidet aus dem Verfahren nicht durch Rücknahme seiner Klage, sondern durch Überlassung seiner Stellung an die neue Partei aus. Auch in den Vergleichsfällen, dem Parteiwechsel nach § 265 und der Klageänderung (§ 264), braucht der Rechtsvorgänger keine Klagerücknahmegebühr bzw. derjenige, welcher den alten Anspruch zurücknimmt, keine Gebühr zu zahlen.

146.) Vgl. die Anm. zu den Einzelfragen

147.) LG Stuttgart ZZP 74, 131

148.) Vgl. u. a. OLG München NJW 1966, 112; 1968, 848

149.) Zöllner-Stephan § 264 II 3; Markl § 31 4; a. A. Tschischgale NJW 1962, 2135 (doppelte Gebühren)

Auch wenn mit dem alten Kläger bereits zur Hauptsache verhandelt worden ist, entsteht trotz des späteren Parteiwechsels für das ganze Verfahren nur jeweils eine Gebühr, da der Prozeß mit dem alten und dem neuen Kläger eine Einheit bildet.

Die Gerichtskosten sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Schwierigkeiten können nur insofern entstehen, wenn dadurch besondere Kosten entstanden sind, daß zuerst der falsche Kläger geklagt hat. In Betracht kommt z.B. die Beweisgebühr, wenn die Beweisaufnahme lediglich zu dem Zweck durchgeführt worden ist, um die fehlerhafte Aktivlegitimation des alten Klägers festzustellen. Diese Kosten kann man weder dem Beklagten noch dem neuen Kläger auferlegen, da sie nur deshalb entstanden sind, weil der alte Kläger seine Beziehung zum Streitgegenstand falsch eingeschätzt hat. Er muß diese Kosten daher auch tragen. Die ausscheidende Partei hat demnach immer die durch ihre unbegründete Klage entstandenen Mehrkosten zu bezahlen.¹⁵⁰

Eine besondere Behandlung der Kostenfrage ist dagegen nicht notwendig, wenn der Beklagte den Anspruch des neuen Klägers gegenüber sofort anerkennt. De Boor¹⁵¹ meint zwar, in diesem Fall müsse der alte Kläger alle Kosten tragen. Das trifft aber nicht zu. War der neue Kläger überzeugt davon, daß der Beklagte seinen Anspruch auch ohne gerichtliche Maßnahmen erfüllen werde, so bestand für ihn kein Grund, den Rechtsstreit zu übernehmen. In diesem Fall entstanden ihm auch keine Unkosten. Da er aber in das Verfahren eingetreten ist, muß er mindestens

150.) So auch de Boor S. 107; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j bb; Rosenberg Z郑 70, 6; Schwab Z郑 73, 478; Bernhardt S. 208; Blomeyer § 115 V 3 (S. 643); OLG München LZ 1927, 1562; LG Stuttgart Z郑 74, 131; OLG Köln OLGZ 65, 46

151.) S. 107

die Gebühren entrichten, die entstanden wären, wenn er einen eigenen unabhängigen Prozeß angestrengt hätte. Das sind alle Kosten des Rechtsstreits abzüglich derer, die durch die unbegründete Klage der alten Partei entstanden sind. Nur diese trägt der alte Kläger.

2. Die Auslagen

Für die Auslagen gelten die Regeln über die Gerichtskosten entsprechend. Die Auslagen hat die unterliegende Partei bis auf den Teil zu tragen, der durch die unbegründete Klage des alten Klägers entstanden ist. Dieser fällt dem alten Kläger an. Er hat also z.B. alle Auslagen zu ersetzen, die durch die Ladung und Vernehmung von Zeugen entstanden sind, deren Aussage, wie sich später herausgestellt hat, für das Verfahren zwischen den endgültigen Parteien belanglos war.

3. Die Anwaltskosten

Für den Beklagten entstehen nur einmal Anwaltskosten, da der Rechtsstreit mit dem alten und dem neuen Kläger ein Verfahren bildet.¹⁵² In dem schon häufiger herangezogenen Fall, in dem der Vater seine Klage auf den Sohn umstellt,¹⁵³ sind zwar doppelte Gebühren erhoben worden. Das ist aber nicht gerechtfertigt. Liegt ein einheitliches Verfahren vor, so erhält der Anwalt des Beklagten nur einmal Gebühren. Darüberhinaus ist auch der tatsächliche Aufwand durch den Parteiwechsel für den Anwalt des Beklagten nicht größer als in einem einzigen Ver-

152.) So auch OLG Düsseldorf Büro 1955, 149; OLG Stuttgart ZZP 71, 273; OLG Düsseldorf MDR 1962, 746; RpfL 1956, 179; a.A. OLG München LZ 1927, 1562; NJW 1966, 112; 1968, 848; ferner Zöller-Stephan § 264 II 3; Riedel-Corves-Sußbauer § 6 N.12; Göttlich S.597; Tschischgale NJW 1962, 2135 (doppelte Gebühren)

153.) OLG München LZ 1927, 1562

fahren. Da es auch nach dem Wechsel ausschließlich um die Haftung aus dem Verkehrsunfall des Sohnes ging, war auch aus tatsächlichen Gründen die Erhebung doppelter Gebühren nicht gerechtfertigt.

Haben beide Kläger denselben Prozeßbevollmächtigten, so erhält er aus den gleichen Gründen ebenfalls nur einmal Gebühren.¹⁵⁴ Das ist auch deshalb gerechtfertigt, weil vielfach der Prozeßbevollmächtigte des Klägers die Aktivlegitimation seines Mandanten falsch beurteilt hat und der Fehler erst dadurch entstanden ist.

Werden dagegen beide Kläger je von einem eigenen Anwalt vertreten, so bekommt jeder nach Maßgabe seiner Tätigkeit Gebühren, die sich nach den allgemeinen Regeln richten.

Der alte Kläger hat seine Anwaltskosten immer selbst zu tragen. Zwischen dem neuen Kläger und dem Beklagten ergibt sich die Verteilung jeweils aus dem Urteil. Die unterliegende Partei hat im allgemeinen ihre eigenen Anwaltskosten und die des Gegners zu übernehmen (§ 91).

Werden beide Kläger durch denselben Prozeßbevollmächtigten vertreten, so haften sie ihm im Innenverhältnis gemeinsam für alle Gebühren (§ 6 Abs. 2 BRAGebO). Der alte Kläger ist aber nur insoweit verantwortlich, als die Kosten bereits in dem Verfahrensteil angefallen sind, in dem er noch an dem Prozeß beteiligt war. Im Außenverhältnis müssen beide Kläger ihre Anwaltskosten selber tragen, wenn der neue Kläger unterliegt. Obsiegt er, so hat der Beklagte die Kosten des gemeinsamen Anwalts der beiden Kläger zu ersetzen, abzüglich der durch die überflüssige erste Klage entstandenen Mehrkosten.

154.) So für die entsprechende Frage beim Beklagtenwechsel OLG Düsseldorf, Büro 1955, 149; a. A. Lauterbach § 6 BRAGebO 2A und C; Riedel-Corves-Sußbauer § 6 N. 12; Göttlich S. 597; Tschischgale NJW 1962, 2135; Franz S. 174

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Die Einordnung dieser Fragen unter die für die Kostenentscheidung maßgeblichen Vorschriften der §§ 91ff bereitet im wesentlichen keine Schwierigkeiten. Lediglich die Forderung, dem alten Kläger die durch seine unbegründete Klage entstandenen Kosten aufzuerlegen, findet im Gesetz direkt keine Stütze. Weder in den Fällen des § 264 noch in denen des § 265 ergibt sich die Notwendigkeit, einer dritten Person Kosten aufzuerlegen. Es ist daher vorgeschlagen worden, insoweit § 75 S.1 analog heranzuziehen.¹⁵⁵ Beim Forderungsprätendentenstreit wird der Beklagte, der hinterlegt hat, auf seinen Antrag hin aus dem Verfahren entlassen. Gleichzeitig wird er in die durch seinen unbegründeten Widerspruch entstandenen Kosten verurteilt. Diese Regelung wäre beim Klägerwechsel auch für den alten Kläger angemessen. Es erscheint aber andererseits nicht systemgerecht, bei einer analogen Anwendung des § 265 auf die Parteiänderung für die Kostenregelung den § 75 entsprechend heranzuziehen, denn diese Vorschriften stehen in keiner Beziehung zueinander.

Besser wäre dagegen eine Heranziehung des § 96. Nach dieser Vorschrift sind die Kosten eines erfolglos gebliebenen Angriffsmittels der Partei aufzuerlegen, die es geltend gemacht hat. Zwar handelt es sich bei dem von dem alten Kläger geltend gemachten Anspruch nicht um ein Angriffsmittel, sondern um den Angriff selber.¹⁵⁶ Eine ausdehnende Auslegung dieser Vorschrift erscheint aber naheliegender als eine Anlehnung an die sehr spezielle Vorschrift des § 75.¹⁵⁷

Der Entwurf nimmt zu den Kostenfragen keine Stellung. Wünschenswert wäre eine Bestimmung, durch die die Kostenlast der ausscheidenden Partei geregelt würde.

155.) So de Boor S.107; Rosenberg ZJP 70,6

156.) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 96 II;
Baumbach-Lauterbach Einl. III 7 B

157.) Zöllner-Stephan § 264 II 3; Franz S.159

§ 12 DER KLÄGERWECHSEL IM RECHTSMITTELZUG

1. In der Berufungsinstanz

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage
notwendig?

Auch in der Berufungsinstanz wird häufig ein Bedürfnis dafür bestehen, einen Klägerwechsel zu ermöglichen, um eine Wiederholung des ganzen Rechtsstreits mit dem neuen Kläger zu vermeiden. Das ist besonders dann wünschenswert, wenn der neue Kläger bereits als Vertreter des alten (Vater-Sohn-Fall) das Verfahren um die gleiche Sache geführt hat, und sich der Mangel seiner Sachlegitimation erst in der Berufungsinstanz herausgestellt hat.¹⁵⁸

In einem der zuletzt veröffentlichten Fälle lag es wie folgt:¹⁵⁹ Bei einer Zweimann-GmbH hatte der eine Gesellschafter gegen den anderen eine Ausschließungsklage erhoben. In der Berufungsinstanz änderte der Kläger die Klage dahin, daß nunmehr die GmbH, vertreten durch ihn, auf Ausschließung des Beklagten klage. Der Beklagte wehrte sich dagegen. Die Parteiänderung wurde aber von dem Berufungsgericht ohne Bedenken zugelassen. - In dem Verfahren ging es von Anfang an um die Frage, ob der Beklagte aus der Gesellschaft auszuschließen sei. Der Kläger hatte lediglich seine Aktivlegitimation falsch eingeschätzt; nicht er, sondern die GmbH, vertreten durch ihn, mußte klagen. In einem solchen Fall besteht durchaus das Bedürfnis, eine Parteiänderung auch noch in der Berufungsinstanz zuzulassen, da sonst die gesamte für das Verfahren geleistete Arbeit umsonst wäre und dieselben Fragen zwischen denselben Personen (allerdings als Vertreter einer anderen Partei) nochmals erörtert werden müßten.

158.) Vgl. insbesondere die Fälle RGZ 66, 415; BGHZ 16, 317

159.) BGHZ 16, 317 vgl. S. 7

Man wird einen Klägerwechsel in der Berufungsinstanz im wesentlichen nach den gleichen Regeln wie in der ersten Instanz zulassen können. Zwar wird durch einen solchen Vorgang in den vom Gesetz festgelegten Instanzenzug eingegriffen, denn eine erstinstanzliche Entscheidung fehlt gegenüber dem neuen Kläger. Außerdem ist er durch das den alten Kläger betreffende Urteil nicht beschwert. Aber die Vorschriften der §§ 265 Abs. 2, 529 Abs. 4, 566a beweisen, daß das Gesetz eine Abweichung vom Instanzenzug kennt und, in Fällen, in denen es sie für notwendig hält, auch zuläßt.¹⁶⁰ Ein Klägerwechsel ist daher auch in der Berufungsinstanz grundsätzlich zulässig.¹⁶¹

Hinsichtlich der Voraussetzungen, der Form und der Wirkungen dieses Vorgangs kann weitgehend auf die Ausführungen zum Klägerwechsel im ersten Rechtszug verwiesen werden. Hier sollen nur die Besonderheiten kurz dargestellt werden.

Für den Klägerwechsel in der Berufungsinstanz ist die Zustimmung aller Beteiligten erforderlich. Hierfür sind die gleichen Gründe maßgebend wie in der ersten Instanz. Hinzu kommt, daß der neue Kläger und der Beklagte jeweils eine Instanz für ihre Verteidigung bzw. für den Angriff verlieren. Der Beklagte war zwar schon im ersten Rechtszug an dem Verfahren beteiligt, aber auch wenn sich der Streitgegenstand nur auf der subjektiven Seite ändert, verliert er eine Instanz zu seiner Verteidigung.¹⁶² Er kann

160.) Ähnlich Arndt S. 35

161.) Einhellige Ansicht in der Rechtsprechung vgl. zuletzt BGHZ 16, 317; 21, 285; NJW 1962, 633; und in der Literatur vgl. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 i; Pohle S. 153; de Boor S. 109; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S. 174); Schwab ZZP 73, 477; Lent JZ 1956, 762; Lent-Jauernig § 86 II (S. 247); Gelhaar LM § 264 ZPO Nr. 10; Zöllner-Stephan § 268 Anm. 1; Blomeyer § 115 V 1 b (S. 641f); Baumbach-Lauterbach §§ 264 2 C,

nämlich die Einwendungen, welche ihm nur gegenüber dem neuen Kläger zustehen, erst jetzt im Berufungsrechtszug geltend machen.

Bei einem Klägerwechsel in der Berufungsinstanz könnte man erwägen, ob nicht in Abweichung von den für die erste Instanz aufgestellten Regeln zusätzlich die Einwilligung des Gerichts zu fordern ist.¹⁶³ Bötticher¹⁶⁴ ist der Ansicht, es bestehe die Gefahr, daß bei Einverständnis aller Beteiligten eine schwebende Berufung dazu benutzt werden könnte, um "berufungsfremde" Ansprüche gleich vor das höhere Gericht zu bringen, falls man den Wechsel nur mit Zustimmung der Beteiligten zulasse und keine Mitwirkung des Gerichts fordere. Diese Bedenken sind insoweit verständlich, als ein Parteiwechsel in der Berufungsinstanz dann nicht sinnvoll ist, wenn die Ansprüche sachlich so verschieden sind, daß eine Verwendung der bisherigen Verfahrensergebnisse ausgeschlossen ist. Pohle¹⁶⁵ meint in diesem Zusammenhang, es sei grotesk, daß die Parteien, die in erster Instanz über die Bezahlung von Waren gestritten haben, in zweiter Instanz das Gericht zwingen könnten, sich erstmalig mit einer Schadensersatzforderung aus einem Verkehrsunfall zu befassen. Solch krasse Fälle sind,

§ 529 Anm. 4 A; Bernhardt S. 208; Thomas-Putzo § 50 Vorbem. IV 3 b; Franz S. 91/92; a.A. nur Kisch, Berufungsinstanz S. 303; Tschischgale NJW 1962, 2134 (2135 N. 11); einschränkend auch Bötticher MDR 1958, 330/331

162.) Auf diesen Gesichtspunkt stellen auch ab: BGH NJW 1962, 633 (635); BGHZ 21, 285

163.) So Bötticher MDR 1958, 330; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 i; Pohle S. 153

164.) a.a.O. S. 330

165.) a.a.O. S. 153/154

soweit ersichtlich, bisher in der Rechtsprechung noch nicht behandelt worden. Daß es aber auch Fälle gibt, in denen ein Parteiwechsel in der Berufungsinstanz nicht sinnvoll wäre, zeigt folgende Entscheidung:¹⁶⁶ Der Kläger hatte (zwar in erster Instanz) von dem Aussteller eines Wechsels, einer Firma, Zahlung verlangt. Als sich herausstellte, daß die genannte Firma nicht existierte, sondern nur eine unselbständige Abteilung einer OHG war, wollte der Kläger den ungetreuen Angestellten wegen der Ausstellung des Papiers als falsus procurator in Anspruch nehmen. Ein solcher Wechsel wäre allerdings in der Berufungsinstanz wenig zweckmäßig. Während nämlich in der ersten Instanz die Haftung der nicht existierenden Firma wegen der Ausstellung eines Wechsels überprüft wurde, wäre nunmehr die Frage zu klären, ob der an Stelle der Abteilung in den Rechtsstreit zu ziehende Angestellte den Wechsel unbefugt ausgestellt hat und daher verpflichtet ist. - Hier sind nicht nur völlig verschiedene Anspruchsnormen heranzuziehen, sondern auch anders gelagerte Sachverhalte zu klären. Es empfiehlt sich daher, den Rechtsstreit nochmals in der ersten Instanz zu beginnen.

Es fragt sich allerdings, ob das Gericht in solchen Fällen die Möglichkeit haben muß, den Parteiwechsel zu verhindern. Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, daß der Streit ohnehin entschieden werden muß und es daher gleichgültig ist, wann und vor welchem Gericht das geschieht.

Wie schon oben dargelegt, wird zwar durch die Einführung eines neuen Anspruches in der zweiten Instanz die an sich funktionell zuständige erste Instanz ausgeschaltet. Die funktionelle Zuständigkeit ist regelmäßig der Parteidisposition entzogen.¹⁶⁷ Es ist Sache des Gesetzgebers, die Arbeits-

166.) RGZ 49, 376 Die Entscheidung betrifft einen erstinstanzlichen Fall. Für die Berufungsinstanz ist noch kein solcher Fall veröffentlicht worden.

verteilung zwischen den Instanzen zu regeln, weil hierbei auch die Interessen der Rechtspflege zu beachten sind.¹⁶⁸ Diese Bedenken sind jedoch nicht durchschlagend. Die Einführung eines neuen Anspruches im Wege der Klageänderung ist auch in der Berufungsinstanz ohne Zustimmung des Gerichts möglich (§§ 523, 264). Desgleichen sind Widerklage und Aufrechnung noch in der zweiten Instanz mit Einwilligung des Beklagten zulässig (§ 529). Diese Ausnahmen zeigen, daß das Gesetz es wenigstens teilweise den Parteien überläßt, vom Instanzenzug abzuweichen.

Die direkte Anwendung des Gesetzes erfordert demnach für den Parteiwechsel in der Berufungsinstanz nicht unbedingt die Mitwirkung des Gerichts. Auch Pohle¹⁶⁹ erkennt, daß es nicht direkt aus dem Gesetz herzuleiten ist, wenn man verlangt, daß das Gericht einen Parteiwechsel in der Berufungsinstanz für sachdienlich erklären muß. Er meint, das führe "scheinbar zu einem Knick in unserem Recht". Dagegen ist diese Forderung vom rein praktischen Standpunkt her zu unterstützen. Wird über den Parteiwechsel hinaus auch der Streitgegenstand in objektiver Hinsicht erheblich geändert, so ist eine Fortsetzung des Verfahrens sinnlos. Weder die Ergebnisse der ersten Instanz noch die der Berufsungsverhandlung können dann nutzbringend verwandt werden. Die Verhandlung muß neu begonnen werden. Aus diesen praktischen Gesichtspunkten kann man den Autoren zustimmen, die einen Parteiwechsel in der Berufungsinstanz nur zulassen, falls ihn das Gericht für sachdienlich erklärt.

Für den Klägerwechsel in der Berufungsinstanz ist demnach neben der Zustimmung der Beteiligten auch die Mitwirkung des Gerichts erforderlich. Gegen den Willen des Gerichts kann der Parteiwechsel nicht

167.) Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 38 3; Baumbach-Lauterbach Übers. § 38 1; § 38 1

168.) Pohle S. 153

169.) S. 153

vollzogen werden. Verweigert eine Partei ihre Einwilligung, so kommt die Parteiänderung ebenfalls nicht zustande. Lediglich hinsichtlich des Beklagten gilt die Ausnahme, daß seine Zustimmung bei mißbräuchlicher Verweigerung durch das Gericht ersetzt werden kann.¹⁷⁰⁾ Ein Mißbrauch liegt wie in der ersten Instanz nur vor, wenn der Beklagte bei Durchführung des Wechsels keine neue Klage des alten Klägers zu erwarten hat. Für die Abgrenzung sei auf die Ausführungen zum Klägerwechsel in erster Instanz verwiesen. Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat der Beklagte auch in der Berufungsinstanz kein billigenwertes Interesse daran, den Eintritt des neuen Klägers zu verhindern.

Es erübrigt sich, auf die weiteren Einzelheiten des Klägerwechsels in der Berufungsinstanz einzugehen, denn insoweit ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber der ersten Instanz.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Ein Klägerwechsel ist nach § 265 auch noch in der Berufungsinstanz möglich. Er ist von der Einwilligung aller Beteiligten abhängig. Allerdings würden sich bei einer analogen Anwendung dieser Vorschrift die gleichen Schwierigkeiten wie in der ersten Instanz ergeben. Darüberhinaus ist eine zusätzliche Einwilligung des Gerichts nach dieser Vorschrift nicht notwendig.

Unbefriedigend wäre auch eine analoge Anwendung der Klageänderungsvorschriften. Eine Klageänderung ist zwar auch noch in der Berufungsinstanz möglich, es würden sich aber hier, abgesehen von allen anderen Schwierigkeiten, die gleichen Probleme wie in erster Instanz hinsichtlich der Abgrenzung der Anteile der Beteiligten an dem Vorgang ergeben. Das Gericht hat auch auf eine Klageänderung in zweiter

170.) So auch BGHZ 21, 285; anders noch OLG Nürnberg BayJuMinBl 1953, 223; ferner Rosenberg ZZP 70, 5; Lent-Jauernig § 86 II (S. 247); Lent JZ 1956, 762; Bötticher MDR 1958, 330

Instanz keinen Einfluß.

Die Rechtsprechung hat die Klageänderungstheorie inzwischen annehmbarer gestaltet, indem sie wegen des Instanzverlustes entgegen § 264 die Einwilligung des Beklagten nicht mehr bei Sachdienlichkeit, sondern nur noch bei mißbräuchlicher Verweigerung ersetzt.¹⁷¹

In § 530 des Entwurfes wird ein Klägerwechsel auch in der Berufungsinstanz zugelassen. Er ist ebenfalls an die Zustimmung aller Beteiligten geknüpft. Eine Mitwirkung des Gerichts wird dort nicht gefordert. Es ist jedoch zu überlegen, ob die Vorschrift nicht den obigen Darlegungen entsprechend ergänzt werden sollte.

2. In der Revisionsinstanz

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Die Frage, ob ein Klägerwechsel in der Revisionsinstanz zulässig ist, ist bisher lediglich in folgendem Fall aufgetreten:¹⁷² Der Widerkläger, ein Angestellter des Nebenintervenienten, hatte vor Jahren mit der widerbeklagten Firma umfangreiche Kohlenkäufe abgeschlossen. Er vertrat die Ansicht, die Widerbeklagte sei vertragsbrüchig geworden und schulde ihm Schadensersatz. In der Revisionsinstanz stellte sich heraus, daß der Widerkläger die Geschäfte für seinen Prinzipal, den Nebenintervenienten, abgeschlossen hatte. Nunmehr wollte dieser als Widerkläger an die Stelle seines Angestellten treten. Das Gericht ließ den Parteiwechsel nicht zu.

Diese Entscheidung war richtig. Ein Klägerwechsel ist in der Revisionsinstanz nicht möglich.¹⁷³ Er

171.) Vgl. BGHZ 21, 285; OLG Köln MDR 1966, 1009 zu der entsprechenden Frage beim Beklagtenwechsel.

172.) RGZ 160, 204

173.) So die h.M. vgl. de Boor S. 109; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 1 (S. 173); Bernhardt S. 208;

würde es notwendig machen, daß ein neuer Antrag gestellt wird und gleichzeitig neue Tatsachen vorgetragen werden. In unserem Beispielsfall wollte der Prinzipal nunmehr Leistung an sich verlangen und behaupten, nicht sein Angestellter, sondern er sei der Vertragspartner. Ein neuer Tatsachenvortrag ist aber in der Revisionsinstanz ausgeschlossen (§ 561). Darüberhinaus liegt das Wesen der Revision in der Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit. In Bezug auf die erst im Revisionsverfahren erhobenen Ansprüche des neuen Klägers fehlt aber noch eine Entscheidung, die überprüft werden könnte.¹⁷⁴

In der Literatur wird allerdings teilweise auch ein Parteiwechsel in der Revisionsinstanz befürwortet.¹⁷⁵ Er soll dann möglich sein, wenn sich der Rechtsstreit weiterhin im Rahmen der von dem Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen (§ 561) und des streitigen Parteivorbringens hält und nur eine Modifizierung des bisherigen Antrags erfolgt.¹⁷⁶ Die Verfechter dieser Ansicht wollen hier eine Parallele zu einem Fall der Klageänderung ziehen. Der Bundesgerichtshof¹⁷⁷ hatte eine Klageänderung einmal in der Revisionsinstanz zugelassen. Damals hatte der Kläger schon im Berufungszug vorgetragen, er habe die Forderung an einen Dritten abgetreten. In der Revisionsinstanz zog er dann hieraus die Konsequenzen und verlangte nunmehr Zahlung an den Abtretungsempfänger.

Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3 c; Franz S. 95/96; RG JW 1908, 44; RGZ 160, 204; a.A. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 i; Pohle S. 154; Wieczorek § 264 E III

174.) So schon RGZ 160, 204 und RG JW 1908, 44

175.) Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 i; Pohle S. 154; Wieczorek § 264 E III

176.) Schumann/Leipold a.a.O.

177.) BGHZ 26, 31ff, 37

Die Verfechter dieser Ansicht nennen kein Beispiel dafür, wann eine Parteiänderung in der Revisionsinstanz zulässig sein soll. Ein Parallelfall zu der Entscheidung des BGH ist aber kaum denkbar. Beim Parteiwechsel hat der Kläger seine Aktiv- bzw. des Beklagten Passivlegitimation falsch beurteilt. Es muß daher eine neue Person in den Rechtsstreit eingeführt und der Antrag entsprechend geändert werden. Wäre der Mangel schon in der Berufungsinstanz bekannt gewesen, wie das in dem zum Vergleich herangezogenen Fall der Klageänderung ist,¹⁷⁸ so hätten die Parteien ihren Fehler sicher damals schon berichtigt. Bei einem Parteiwechsel in der Revisionsinstanz soll aber jetzt erst die neue Partei eingeführt und der Sachverhalt geändert werden. In unserem Beispielsfall, der insoweit typisch ist, wird erst in der Revisionsinstanz bekannt, daß nicht der Angestellte, sondern der Prinzipal der Geschäftspartner des Beklagten war. Wird das nunmehr erstmalig vorgebracht, so liegt darin in jedem Fall ein im Revisionsrechtszug unzulässiger neuer Vortrag.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Eine Analogie zu § 265 ist in dieser Frage möglich. Ein Parteiwechsel ist gemäß § 265 in der Revisionsinstanz grundsätzlich nicht zulässig. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Veräußerung der streitbefangenen Sache oder die Abtretung des geltend gemachten Anspruches vom Berufungsgericht bereits festgestellt worden ist.¹⁷⁹ Ein solcher Fall ist aber beim gewillkürten Parteiwechsel nicht denkbar.

Eine Analogie zu § 264 führt zu den gleichen Ergebnissen. Auch eine Klageänderung dürfen die Parteien in der Revisionsinstanz grundsätzlich wegen der damit verbundenen Änderung des Antrages und des

178.) BGHZ 26, 31ff, 37

179.) Allg.M. vgl. Baumbach-Lauterbach § 265 3 B;
BGHZ 26, 37

Sachverhalts nicht vornehmen.¹⁸⁰

In dem Entwurf¹⁸¹ ist eine gegenteilige Lösung vorgesehen. § 566 soll dahin ergänzt werden, daß die Regeln über die Parteiänderung in der Berufungsinstanz (§ 530 des Entwurfes) auch im Revisionsrechtszug gelten. Diese Regelung ist nicht mit den übrigen Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu vereinbaren. Ein Parteiwechsel erfordert immer die Berichtigung des bisherigen Antrages und in gewissem Umfang (hinsichtlich der Sachbefugnis) auch einen geänderten Tatsachenvortrag. Solange das aber nach § 561 ausgeschlossen ist - der Entwurf sieht keine Änderung dieser Norm vor - , ist an eine Parteiänderung in der Revisionsinstanz nicht zu denken.

Im Übrigen ist aber auch ein solcher Akt nicht erstrebenswert. Die Revision dient der rechtlichen Überprüfung eines Urteils. Haben es die Parteien in zwei Instanzen nicht fertig gebracht, dem Gericht den richtigen Tatsachenstoff zu unterbreiten, so ist es besser, daß die wahren Berechtigten nochmals einen neuen Rechtsstreit beginnen. Da der neue Kläger ohnehin durch das ergangene Urteil nicht betroffen wird, erleidet er hierdurch keinen Nachteil.

3. Zwischen den Instanzen

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Hat das Gericht eine Klage abgewiesen, weil dem Kläger die erforderliche Aktivlegitimation fehlte, so könnte der wahre Berechtigte auf den Gedanken kommen, seinerseits gegen das Urteil Berufung einzulegen und damit einen Parteiwechsel herbeizuführen.

180.) Vgl. statt aller BGH LM § 561 ZPO Nr. 20, 27

181.) § 566 (S. 30); Begründung S. 128

Gegen einen solchen Vorgang erheben sich jedoch grundsätzliche Bedenken. Gegenüber dem neuen Kläger liegt noch keine Entscheidung vor. Er ist durch das Urteil erster Instanz nicht beschwert, da es nicht über seinen, sondern über den Anspruch des alten Klägers befunden hat. Grundvoraussetzung für die Einlegung eines Rechtsmittels ist aber das Vorhandensein einer erstinstanzlichen Entscheidung und einer darin enthaltenen Beschwerde des Rechtsmittelführers. Liegt das nicht vor, so ist ein Rechtsmittel unzulässig. In unserem Fall ist nur der alte Kläger beschwert, da das vorhandene Urteil allein seine Rechte betrifft. Der neue Kläger kann daher nicht Berufung einlegen.

Darüberhinaus besteht aber auch kein praktisches Bedürfnis dafür, dem neuen Kläger ein Recht zu geben, ein Urteil anzufechten, das einem Dritten gegenüber ergangen ist. Aus einer Fortsetzung eines solchen Verfahrens ergeben sich keine besonderen Vorteile. Die Berufungsverhandlung hat noch nicht begonnen und damit noch keine Ergebnisse gezeitigt, die übernommen werden könnten. Auch das Gericht ist noch nicht mit der Sache befaßt worden und daher noch nicht auf den Prozeß vorbereitet. Eine Kostenersparnis tritt ebenfalls nicht ein, da die Gebühren für die zweite Instanz erst anfallen und im übrigen auch höher sein werden, als die eines erstinstanzlichen Prozesses.

Nach Abschluß eines Verfahrens durch Urteil ist es vorteilhafter, wenn der wahre Berechtigte einen neuen Rechtsstreit anstrengt. Er kann dann die Akten des abgeschlossenen Verfahrens beiziehen lassen und sich so deren Inhalt zunutze machen. Das hat die Praxis offenbar auch erkannt, denn es ist soweit ersichtlich bisher kein Fall veröffentlicht worden, in dem ein Parteiwechsel zwischen den Instanzen versucht worden ist.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Auch insoweit wäre eine Anlehnung an die §§ 264, 265 nicht möglich. Ein Parteiwechsel nach § 265 kann auch zwischen den Instanzen vorgenommen werden. Der Rechtsnachfolger kann das Verfahren in jeder Lage, wenigstens bis zur Revisionsinstanz, übernehmen, falls er die notwendigen Erklärungen beibringt.¹⁸² Diese Regelung ist darauf zurückzuführen, daß auch das Urteil zwischen den bisherigen Parteien ihm gegenüber wirksam wäre (§ 325).

Auch eine Klageänderung kann mit der Einlegung der Berufung verbunden werden. Zwischen Berufungs- und Revisionsinstanz wird sie allerdings regelmäßig daran scheitern, daß sie einen neuen Tatsachenvortrag erfordert, der durch § 561 ausgeschlossen ist.

Der Entwurf sieht einen Parteiwechsel zwischen den Instanzen vor. Zwar ist die Frage dort nicht ausdrücklich geregelt, eine solche Möglichkeit ergibt sich jedoch aus der beabsichtigten Neufassung des § 530 Abs. 3.¹⁸³ Nach dieser Vorschrift darf der neue Kläger gegen das zwischen den bisherigen Parteien ergangene Urteil Berufung einlegen, falls er gleichzeitig die zum Parteiwechsel erforderlichen Zustimmungen beibringt. Gleiches gilt gemäß § 566 des Entwurfes auch für die Revisionsinstanz.

Diese Regelung ist aber aus den oben genannten Gründen weder mit den übrigen Vorschriften des Gesetzes zu vereinbaren, noch bringt sie irgendwelche Vorteile für das Verfahren. Im übrigen zeigt die Tatsache, daß bisher noch kein Fall eines Parteiwechsels zwischen den Instanzen veröffentlicht worden ist, daß ein Bedürfnis für einen solchen Vorgang fehlt. Es ist daher besser, einen Parteiwechsel zwischen den Instanzen nicht zu ermöglichen.

182.) Vgl. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle.¹⁹ § 265 VI

183.) Entwurf S. 27; Begründung S. 122/123

2. KAPITEL: DER WECHSEL DES BEKLAGTEN

§ 13 DAS WESEN DES BEKLAFTENWECHSELS

Die grundsätzliche Situation ist beim Beklagtenwechsel nicht anders als beim Klägerwechsel: Im Laufe des Verfahrens hat sich herausgestellt, daß der Kläger eine unbegründete Klage erhoben hat. Er hat eine Person in Anspruch genommen, die in Wirklichkeit nicht passivlegitimiert ist. Die Klage hätte vielmehr gegen eine andere Person gerichtet werden müssen. Diesen Fehler möchte der Kläger nunmehr berichtigen. Nimmt er aber die Klage zurück, so muß er die ganzen Verfahrenskosten tragen und die bisher für den Rechtsstreit geleistete Arbeit war umsonst. Er will sich daher von der Klage gegen den Beklagten trennen und nach Möglichkeit die erzielten Verfahrensergebnisse in dem neuen Prozeß mit der richtigen Partei weiterverwenden.

Als Beispiel sei hier folgender Fall¹ herangezogen: Von einem Bankier wurde die Herausgabe eines Sparbuches verlangt. Als sich herausstellte, daß der Beklagte nicht persönlich der Besitzer des Buches war, stellte der Kläger die Klage auf das Bankinstitut, eine OHG, an der der Beklagte beteiligt war, um.

Da das Bankinstitut Besitzer des Sparbuches ist, kann der Kläger mit seiner Klage gegen den Bankier persönlich nicht durchdringen. Dem Kläger liegt aber daran, den Rechtsstreit nunmehr mit der richtigen Partei, die im übrigen noch in einem engen Verhältnis zu der alten Partei steht, zu Ende zu führen, weil er dann die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens zum großen Teil verwerten kann.

1.) OLG Jena, Seuff 52, 32 (vgl. S. 10)

Der alte Beklagte wird meist nichts gegen sein Ausscheiden aus dem Rechtsstreit einzuwenden haben, wenn er nicht befürchten muß, später noch einmal in derselben Sache von dem Kläger in einen Rechtsstreit gezogen zu werden.

In unserem Beispielsfall dürfte der Streit wohl endgültig dadurch beizulegen sein, daß entschieden wird, ob das Buch herausgegeben werden muß. Nachdem geklärt worden ist, daß die Bank das Buch besitzt, wird der Bankier persönlich kaum mehr einen neuen Rechtsstreit zu befürchten haben. Allerdings besteht auch hier, wie beim Klägerwechsel, die Gefahr, daß der Beklagte erneut in Anspruch genommen wird, falls sich später herausstellt, daß die Sachlegitimation doch nicht richtig geklärt war. Es sei an den schon früher genannten Fall² erinnert, in dem der Kläger wegen seiner Forderung zunächst einen Räumereibesitzer, später dessen Sohn und zuletzt wieder den Vater in Anspruch nahm. Daraus ergibt sich, daß die Sachlegitimation manchmal doch recht schwierig zu klären ist.

Für den neuen Beklagten ist es in vielen Fällen (vor allem dann, wenn er bisher schon in irgendeiner Form an dem Verfahren beteiligt war) vorteilhaft, wenn er unter Verwendung der bisherigen Prozeßergebnisse seinen Streit mit dem Kläger schneller beilegen kann. Er wird sich vielfach darüber im klaren sein, daß ein Verfahren mit dem Kläger nicht zu vermeiden ist und deshalb die Möglichkeit einer beschleunigten Erledigung aufgreifen wollen.

Auch das beweist der genannte Fall. Nachdem der Bankier den Rechtsstreit über die Herausgabe des fraglichen Sparbuches bisher geführt hat, wird ihm normalerweise daran gelegen sein, die Frage nunmehr endgültig auch für sein Institut zu klären.

Wie beim Klägerwechsel so gilt demnach auch hier:
Es soll eine Person aus dem Rechtsstreit ausschei-

den und eine andere an ihrer Stelle das Verfahren als Partei fortsetzen. Der Beklagtenwechsel ist demnach, genau wie der Klägerwechsel, ein einheitlicher Vorgang. Der alte Beklagte scheidet aus dem Prozeßrechtsverhältnis aus, und der neue Beklagte tritt an seine Stelle. Aus diesem Grund sind auch die einzelnen Zustimmungserklärungen Teile eines einheitlichen Vorgangs. Die Erklärungen der Beteiligten stellen für sich alleine keine selbständigen Prozeßhandlungen dar (etwa eine Klageerhebung oder Klagerücknahme). Sie sind vielmehr Teile eines einheitlichen Vorgangs, nämlich des Beklagtenwechsels.³ Der Beklagtenwechsel kann daher, ebenso wie der Klägerwechsel, immer nur im ganzen gültig oder ungültig sein.

Für den Beklagtenwechsel gelten im wesentlichen die für den Klägerwechsel entwickelten Grundsätze entsprechend, da die Situation insoweit in beiden Fällen gleich ist. Es erübrigt sich daher, die einzelnen Fragen nochmals so ausführlich wie dort zu erörtern. Allerdings kann man die für den Klägerwechsel gewonnenen Ergebnisse nicht unbesehen auf den Beklagtenwechsel übertragen. Es muß vielmehr geprüft werden, wie weit sich die Interessenlage in beiden Fällen unterscheidet und gegebenenfalls Abweichungen in der Behandlung der beiden Fälle notwendig sind.

3.) A.A. vor allem Kisch S. 59ff. Weitere Literaturangaben bei der entsprechenden Frage zum Klägerwechsel. Vgl. S. 33ff

§ 14 DIE ZUM BEKLAGTENWECHSEL ERFORDERLICHEN
ZUSTIMMUNGEN

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Für die Entscheidung darüber, wessen Zustimmung zu dem einheitlichen Vorgang des Beklagtenwechsels erforderlich ist, ist die Stellung jedes einzelnen der Beteiligten innerhalb des Verfahrens maßgeblich.

1. Die Stellung des Klägers

Der Beklagtenwechsel wird regelmäßig von dem Kläger ausgehen. Auf seine Mitwirkung wird man niemals verzichten können,⁴ denn ihm allein obliegt die Entscheidung darüber, mit wem er streiten will. Dieses Befugnis steht dem Kläger auf Grund der Dispositionsmaxime zu. Auch wird er im allgemeinen am besten wissen, welche Person ihm aus einem bestimmten Grund verpflichtet ist. Auf unseren Beispielsfall bezogen bedeutet das: Nur der Kläger darf entscheiden, ob er gegen den Bankier oder dessen Bank vorgehen will.

Darüberhinaus wäre es aber auch denkbar, daß die Initiative zum Beklagtenwechsel von einem der Beklagten ausgeht. So könnte z.B. der Bankier den Kläger darauf aufmerksam machen, daß er nicht persönlich, sondern seine Bank das Buch besitzt und eventuell zur Herausgabe verpflichtet ist. Das bedeutet aber nicht, daß einer der Beklagten die Parteiänderung von sich aus vornehmen dürfte, oder gar der Wille des Klägers in einem solchen Fall unbeachtlich wäre. Der Kläger hat den Anspruch anhän-

4.) So auch de Boor S.109; Rosenberg ZZP 70,6; Henckel S.223; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 c; Pohle S.151; Bernhardt S.208; Thomas-Putzo Vorbem.§ 50 IV 3 a bb; Franz S.48

gig gemacht, nur von ihm hängt es daher ab, wann er ihn fallen lassen will. Die Initiative des Beklagten muß sich daher darauf beschränken, daß er dem Kläger einen Hinweis auf seine mangelnde Sachlegitimation gibt, oder, sofern es sich um einen neuen Beklagten handelt, daß er seine Bereitschaft zum Wechsel erklärt. Der neu zu Verklagende hat aber immer den Angriff des Klägers erst abzuwarten. Er vermag ebenso wie der bisherige Beklagte den Wechsel nicht zu vollziehen.

2. Die Stellung des alten Beklagten

Der alte Beklagte soll aus dem Rechtsstreit ausscheiden und erhält infolgedessen keine Entscheidung gegenüber dem Kläger. Der Bankier bekommt z.B., wenn er aus dem Verfahren scheidet, keine Auskunft darüber, ob er persönlich zur Herausgabe des Sparbuches verpflichtet ist. Nach Beginn der mündlichen Verhandlung hat er aber einen Anspruch darauf erworben, daß er Rechtsschutz gegenüber dem Kläger erhält. Das ergibt sich aus einem Vergleich mit den Vorschriften über die Klagerücknahme (§ 271 Abs.1). Auch eine Klagerücknahme wäre dem Kläger nach Beginn der mündlichen Verhandlung nur möglich, wenn der Beklagte zustimmt. Dem Beklagten darf daher auch hier der Rechtsschutz nur dann versagt werden, wenn er freiwillig auf die Fortsetzung des Verfahrens verzichtet. Eine andere Entscheidung wäre nur dann möglich, wenn man seinem Rechtsschutzbedürfnis auch in diesem Verfahren genügen könnte. Eine solche Möglichkeit sieht aber das Gesetz bisher nicht vor.⁵

Der Beklagte muß daher seine Zustimmung zum Beklagtenwechsel geben, sobald er mit dem Kläger zur Sache verhandelt hat.⁶ Vor Eintritt in die Verhandlung

5.) Der Entwurf sieht eine solche Regelung in § 271 Abs.2 vor.

6.) Ebenso de Boor S.108; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2.(S.175) und ZZP 70,6; Henckel S.233; Nikisch S.461; Bernhardt S.208; Thomas-Putzo

zur Hauptsache ist dagegen seine Einwilligung nicht erforderlich, da der Kläger in diesem Zeitpunkt noch einseitig über die Klage verfügen kann. Er ist nämlich auch ohne die Einwilligung des alten Beklagten in der Lage, die Klage zurückzunehmen (§ 271).

3. Die Stellung des neuen Beklagten

Gegen den neuen Beklagten soll das Verfahren mit dem Parteiwechsel erst beginnen. Er kann nichts dagegen tun, daß der Kläger ihn, wenn er es für richtig hält, in einen Prozeß zieht, denn auch auf eine neue Klageerhebung hätte er keinen Einfluß. Die Frage, ob der Kläger von der Bank die Herausgabe des Sparbuches verlangt, ist allein seine Sache. Gegen die Klage an sich kann der Beklagte nichts tun. Auch die Tatsache, daß er in ein bereits anhängiges Verfahren eintreten soll, verlangt nur dann seine Zustimmung, wenn er hierdurch irgendwelche Nachteile erleidet. Das wäre aber nur dann der Fall, wenn der neue Beklagte streng an die Verfahrenssituation zur Zeit seines Eintrittes gebunden werden sollte. Da hier jedoch, gleich wie beim Klägerwechsel, die Ansicht vertreten wird, daß der neue Beklagte die bisherigen Verfahrensergebnisse zwar verwerten kann, jedoch nicht an sie gebunden ist, werden seine Interessen nicht beeinträchtigt. Seine Zustimmung ist daher nicht erforderlich.⁷

Beim Beklagtenwechsel ist demnach grundsätzlich die Einwilligung des Klägers und des alten Beklag-

Vorbem. § 50 IV 3 a bb; Pohle S. 151; Franz S. 53; OLG Hamburg, OLG 30, 127

- 7.) Vgl. Anm. 4 und Franz S. 56; BGH LM § 264 ZPO Nr. 14/15; a.A. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 e und Pohle S. 151, die den neuen Beklagten aber auch streng an die bestehende Prozeßlage binden wollen. Ebenso Bernhardt S. 208/9 und Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3 a bb für den Fall einer Bindung. Ferner Schwab ZJP 73, 477

ten notwendig. Die des alten Beklagten jedoch erst, wenn er zur Hauptsache verhandelt hat. Die Zustimmung des neuen Beklagten ist dagegen entbehrlich.

4. Kann das Gericht die Einwilligung eines Beteiligten ersetzen, falls er den Beklagtenwechsel verweigert?

Eine einleitende Handlung des Klägers wird man beim Beklagtenwechsel nicht entbehren können, weil nach der Dispositionsmaxime niemand gezwungen werden kann, eine bestimmte Person zu verklagen.⁸ Der Kläger hat die Klage gegen den alten Beklagten erhoben, nur er kann sie auch wieder zurücknehmen. Gegen seinen Willen kann ihm der Rechtsschutz nicht versagt werden und ein neuer Beklagter aufgezwungen werden. Von seiner Einwilligung kann man daher nicht absehen.

Schon eher wäre es möglich, auf die Zustimmung des alten Beklagten zu verzichten. Er hat zwar mit dem Beginn der Verhandlung zur Hauptsache ebenfalls einen Anspruch auf Rechtsschutz erworben. Er gibt ihm das Recht, nunmehr auch eine Entscheidung des Gerichts zu verlangen. Davon kann grundsätzlich nicht ohne seine Zustimmung abgegangen werden.

Es sind allerdings (wie beim Klägerwechsel) Fälle denkbar, in denen der Widerspruch des alten Beklagten nicht sinnvoll, ja gerade mißbräuchlich, erscheint. Zwei Beispiele sollen das veranschaulichen: Der Kläger hatte mit dem Beklagten ein Handelsgeschäft abgeschlossen. Er klagte eine auf Grund dessen bestehende Forderung ein. Während des Verfahrens erfuhr er, daß der von ihm Verklagte Gesellschafter einer OHG war. Das Geschäft war für die OHG geschlossen worden.⁹ - Der zweite Fall: Der Kläger hatte auf einer Brücke einen Verkehrsunfall erlitten. Er klagte seinen Schaden wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht gegen die

8.) Pohle S.151

9.) Vgl. OLG Dresden, OLG 13, 133

Bundesrepublik, vertreten durch das Land Rheinland-Pfalz, dieses vertreten durch den Leiter der Straßenverwaltung Rheinland-Pfalz, Direktion K, ein. Später stellte sich heraus, daß das Land der richtige Beklagte war.¹⁰

Beiden Fällen ist gemeinsam, daß es nach dem Wechsel rein tatsächlich fast um die gleichen Fragen geht wie vorher. In dem ersten ist über die Forderung aus dem Handelsgeschäft, in dem zweiten über die bei dem Verkehrsunfall erlittenen Schäden zu entscheiden. In beiden Fällen bleibt auch die den Rechtsstreit führende Person (allerdings nicht die Partei) dieselbe. Der einzige Unterschied besteht darin, daß der geschäftsführende Gesellschafter nunmehr für die OHG und die Direktion K der Straßenverwaltung für das Land Rheinland-Pfalz auftritt. Die beiden alten Beklagten haben, wenn sie aus dem Rechtsstreit ausscheiden, kaum zu befürchten, daß sie später noch einmal von dem Kläger in Anspruch genommen werden. Nachdem einmal geklärt ist, daß der Vertrag mit der OHG geschlossen worden ist bzw. dem Land die Verkehrssicherungspflicht auf der Brücke oblag, kann der Kläger nur gegen den neuen Beklagten mit Aussicht auf Erfolg vorgehen. Es wäre in einem solchen Fall ein Prozeßmißbrauch, wollte der alte Beklagte die Abgabe des Rechtsstreits verweigern, denn er erhält praktisch auch nach dem Wechsel eine Entscheidung über die Streitfrage.

Es ist aber auch hier, wie beim Klägerwechsel, notwendig, von der Ersetzung der Zustimmung der Partei, der der Rechtsschutz versagt werden soll (nämlich des alten Beklagten), nur dann Gebrauch zu machen, wenn sie kein berechtigtes Interesse an einer Entscheidung hat. Das ist - wie in den Beispielfällen gezeigt - nur dann der Fall, wenn die Personen, die den Rechtsstreit führen, tatsächlich dieselben bleiben, und der geltend gemachte Anspruch ebenfalls

10.) Vgl. OLG Neustadt, VersR 1955, 668

mit Ausnahme seiner subjektiven Seite dem des Verfahrens mit der alten Partei entspricht. Dann ist die Wahrscheinlichkeit, daß der alte Beklagte nicht mehr in Anspruch genommen werden wird und der neue der richtige Passivlegitimierte ist, so groß, daß ein Wechsel auch gegen den Willen der ausscheidenden Partei vertretbar erscheint.

Die für die entsprechende Frage beim Klägerwechsel aufgestellten Regeln sind also auch hier angemessen. Es kann daher auf die dortigen Ausführungen Bezug genommen werden.¹¹

5. Die Stellung des Gerichts

Eine Zustimmung des Gerichts ist aus den gleichen Gründen wie beim Klägerwechsel nicht notwendig. Es stehen keine Belange des Staates auf dem Spiel, die eine solche Mitwirkung erfordern würden. Aus diesem Grunde besteht kein Anlaß, den verfahrensrechtlichen Grundsatz der Parteiherrschaft einzuschränken und eine Mitbestimmung des Gerichts zu fordern.¹²

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Bei einem Vergleich der für den Beklagtenwechsel als erstrebenswert herausgestellten Lösung mit dem, was sich aus einer analogen Anwendung der §§ 264, 265 ergibt, muß man feststellen, daß die Konsequenzen hier noch unbefriedigender als beim Klägerwechsel sind.

Bei einem Beklagtenwechsel nach § 265 geht die Parteiländerung von dem Rechtsnachfolger aus. Er entscheidet mit Zustimmung des Gegners und des Veräußerers,¹³ ob er in den Rechtsstreit treten will.

11.) Vgl. S. 57ff

12.) A.A. Henckel S. 242 und Parteiwechsel S. 227; Wilckens MDR 1957, 208; Franz S. 59; OLG Frankfurt MDR 1964, 330/31; vgl. auch S. 64ff

13.) Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 265 VI 1; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 101 III 2; a.A. Nikisch S. 459

Es sind also die Einwilligungen aller Beteiligten erforderlich.

Beim gewillkürten Beklagtenwechsel ist die Lage aber im wesentlichen genau umgekehrt. Während der neue Beklagte hier nämlich nur eine untergeordnete Rolle spielt, ist er im Falle des § 265 die Hauptperson, denn dort muß der Wechsel von ihm ausgehen. Darüberhinaus fordert § 265 immer die Einwilligung des alten Beklagten. Eine Ersetzung wegen mißbräuchlicher Verweigerung ist dort nicht vorgesehen. Eine Analogie zu § 265 ist daher insoweit nicht möglich.

Die Befürworter einer Anlehnung der gewillkürten Parteiänderung an den § 265 schlagen zwar für den Beklagtenwechsel ebenfalls eine einleitende Handlung des Klägers und nicht etwa des neuen Beklagten vor.¹⁴ Dieses Ergebnis kann aber nicht aus § 265 hergeleitet werden.

Die analoge Anwendung des § 264 würde ebenfalls Schwierigkeiten bereiten. Dort geht der Vorgang zwar vom Kläger aus. Da die Klageänderung jedoch ein Gleichbleiben der Parteien voraussetzt, ist dem § 264 die Beteiligung der beiden Beklagten an dem Vorgang nicht zu entnehmen.¹⁵ Wie bereits oben festgestellt worden ist, braucht der neue Beklagte nicht einzuwilligen. Bezieht man die Regelung des § 264 auf die alten Parteien, so ergeben sich keine Schwierigkeiten. Der Kläger muß danach den Vorgang einleiten und der alte Beklagte muß zustimmen. Weigert er sich, so kann seine Einwilligung nach § 264 bei Sachdienlichkeit des Wechsels durch das Gericht ersetzt werden. Der Begriff "Sachdienlichkeit" müßte dann allerdings für den Parteiwechsel wieder einschränkend interpretiert werden. Diese Auslegung entspricht auch der heutigen Praxis der Gerichte¹⁶ bis auf den Unterschied, daß die Rechtsprechung den

14.) So vor allem de Boor S.108

15.) So bereits Kisch S.31; Arndt S.33

16.) Vgl. BGH LM § 264 Nr.14/15; NJW 1962,633; BGH Z 21,285; OLG München NJW 1967,1812

Begriff "sachdienlich" für die Parteiänderung und die Klageänderung gleich bestimmt.

Der Entwurf¹⁷ verlangt in § 271 Abs.2 für den Beklagtenwechsel neben einer Handlung des Klägers die Zustimmung des neuen Beklagten. Der alte Beklagte soll dagegen nicht gefragt werden. Warum das Einverständnis des neuen Beklagten notwendig sein soll, ist nicht einzusehen. Die Begründung zum Entwurf¹⁸ sagt, der Beklagte müsse dagegen geschützt werden, gegen seinen Willen in einen Rechtsstreit hineingezogen zu werden, an dem er bisher nicht teilgenommen habe. Dieses Argument ist aber, wie bereits oben dargelegt, nur dann durchschlagend, wenn dem neuen Beklagten dadurch, daß er nachträglich in den Rechtsstreit gezogen wird, ein Nachteil auferlegt wird. Es kann sich niemand dagegen wehren, daß er verklagt wird. Wird eine Person nachträglich in einen Rechtsstreit gezogen, ohne daß ihre Verteidigungsfreiheit irgendwie eingeschränkt wird, so braucht sie nicht darum gefragt zu werden. Das trifft aber beim Beklagtenwechsel auch nach der in dem Entwurf vorgesehenen Lösung zu, denn die neue Partei soll (im Gegensatz zum Klägerwechsel) nicht an den bisherigen Stand des Verfahrens gebunden werden.¹⁹ Ihre Zustimmung ist daher entbehrlich.

Die Einwilligung des alten Beklagten kann man dagegen übergehen, falls man seinem Rechtsschutzinteresse gegenüber dem Kläger in dem laufenden Verfahren genügt. Das erreicht der Entwurf²⁰, indem er dem Beklagten die Möglichkeit einräumt, die Abweisung der gegen ihn gerichteten alten Klage zu verlangen (E § 271 Abs.2 S.2).

17.) S.11

18.) S.87

19.) Vgl. Entwurf § 274 S.2 und Begründung S.91

20.) S.11

§ 15 DIE FORM DES BEKLAGTENWECHSELS

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Die Form des Beklagtenwechsels entspricht weitgehend der des Klägerwechsels.

Der Kläger muß den Vorgang einleiten. Gegenüber dem alten Beklagten genügt dazu die Zustellung eines Schriftsatzes oder die Erklärung in der mündlichen Verhandlung.²¹ Beide Formen sind zulässig. Das ergibt sich aus einer Parallele zu § 271. Die Klagerücknahme stellt einen schwerwiegenden Eingriff als der Beklagtenwechsel dar, denn durch sie wird das Verfahren insgesamt beendet. Trotzdem ist die Klagerücknahme durch Zustellung eines Schriftsatzes oder Erklärung in der mündlichen Verhandlung möglich. Das muß daher auch für den Beklagtenwechsel gelten. Auf unseren Beispielsfall bezogen bedeutet das: Es muß ausreichen, wenn der Kläger dem Bankier die Parteiänderung entweder in der mündlichen Verhandlung oder durch einen Schriftsatz mitteilt.

Die Einwilligung des alten Beklagten kann formlos erfolgen, wie ja auch das Einverständnis des Beklagten in eine Klagerücknahme formlos abgegeben werden kann.

Der neue Beklagte war bisher noch nicht an dem Verfahren beteiligt und soll jetzt in den laufenden Rechtsstreit hineingezogen werden. Gegen ihn soll also praktisch erst eine Klage anhängig gemacht werden. In vielen Fällen des Beklagtenwechsels wird der neue Beklagte von dem Verfahren noch nicht oder doch sehr wenig wissen. Das wird z.B. in folgendem Fall deutlich:²² Die Klägerin verlangte von

21.) De Boor S. 109/110; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S. 175); ZZP 70, 6; Nikisch S. 462; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3; Franz S. 48 u. 62

22.) RGZ 49, 376

dem Aussteller eines Wechsels, einer "Elektrischen Kleinbahn im Mansfelder Bergrevier: Betriebsdirektion E.F.", Zahlung. In der Verhandlung stellte sich heraus, daß die Beklagte nur eine unselbständige Abteilung einer Firma K & Co war. Sie konnte sich mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht verpflichten. Darauf stellte die Klägerin die Klage auf F persönlich um. Hier war der Beklagte an dem bisherigen Verfahren noch in keiner Weise beteiligt. Aus diesem Grunde muß man ihm den Schutz zuteil werden lassen, den das Gesetz durch die Formen der Klageerhebung dem Beklagten zubilligt.²³ Man wird daher verlangen müssen, daß der Kläger dem neuen Beklagten eine Klageschrift zustellt mit der Erklärung, daß die neue Partei nunmehr an die Stelle der alten treten soll. Der neue Beklagte ist in demselben Schreiben außerdem unter Wahrung der Einlassungsfrist zum Termin zu laden.²⁴ Die Einlassungsfrist muß eingehalten werden, weil der neue Beklagte seine Verteidigung erst vorbereiten muß. Hierin liegt ein Unterschied zum Klägerwechsel. Dort ist die Wahrung der Einlassungsfrist nach Eintritt des neuen Klägers nicht notwendig, weil der Beklagte schon an dem Verfahren beteiligt war.

Läuft der Rechtsstreit vor einem Landgericht, so muß der neue Beklagte auch aufgefordert werden, einen Anwalt zu bestellen (§ 261a Abs. 2 S. 2).

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen kann nur dann gemacht werden, wenn der neue Beklagte selbst seinen Eintritt in das Verfahren erklärt oder auf die Wahrung der Form verzichtet,²⁵ wenn er den Prozeß schon als Vertreter des alten Beklag-

23.) So auch de Boor S. 110; Nikisch S. 462

24.) De Boor S. 110; Rosenberg ZZP 70, 6; Nikisch S. 462; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 c; Blomeyer § 115 V 1 (S. 641); RGZ 49, 376; 96, 201; KG OLG 12, 96

25.) RGZ 49, 376

ten geführt hat oder wenn er schon Partei war und der Prozeß nunmehr von dem von ihm verwalteten Vermögen auf sein eigenes Vermögen umgestellt werden soll oder umgekehrt.²⁶ Als Beispiel dafür sei folgender keineswegs außergewöhnlicher Fall²⁷ genannt: Der Kläger hatte einen Anspruch gegen einen Bauunternehmer anhängig gemacht. Als sich herausstellte, daß ihm die Forderung gegen eine Firma (OHG) zustand, deren allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagte war, stellte er die Klage auf die Firma um. In einem solchen Fall besteht kein Grund, die Formen der Klageerhebung zu wahren. Der neue Beklagte war schon bisher an dem Rechtsstreit beteiligt. Er kennt den Prozeßstoff bereits und ist mit den anstehenden Fragen vertraut. Es ist daher nicht notwendig, ihm noch eine weitere Frist zur Vorbereitung seiner Verteidigung einzuräumen.

Ein freiwilliger Verzicht auf die notwendige Form erfolgte in dem oben genannten Fall der Wechselklage gegen den ungetreuen Angestellten.²⁸ Der Angestellte hatte sich dort freiwillig dem Verfahren gestellt. Das Gericht sah hierin zu Recht einen Verzicht auf die Formvorschriften (§ 295 Abs. 1).

Wenn die erforderlichen Einwilligungen vorliegen, kann der neue Beklagte in der nächsten mündlichen Verhandlung die Stellung des alten übernehmen.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Auch insoweit führt die analoge Anwendung des § 265 nicht zu befriedigenden Ergebnissen. Da in den Fällen des § 265 der Beklagtenwechsel von dem Beklagten, der in das Verfahren eintreten will, ausgeht (er ist der Rechtsnachfolger der alten Partei), muß

26.) So auch de Boor S. 110; ähnlich Franz S. 50

27.) OLG Köln MDR 1966, 1009; ähnlich liegen die Fälle BGH LM § 264 Nr. 14/15; OLG Hamburg OLG 30, 127; OLG Neustadt VersR 1955, 668

28.) RGZ 49, 376

er auch von ihm in der mündlichen Verhandlung vorgenommen werden.²⁹ Die Zustellung eines Schriftsatzes durch den Kläger erübrigt sich. Da der Kläger ohnehin ein Urteil erhält, das auch dem neuen Beklagten gegenüber wirksam ist (§ 325), ist er nicht besonders interessiert daran, den neuen Beklagten in das Verfahren zu ziehen. Er entscheidet daher lediglich in der mündlichen Verhandlung, ob er mit dem Eintritt des Beklagten einverstanden ist. Für die Zustellung einer Klageschrift sowie die Wahrung der Einlassungsfrist besteht im Falle des § 265 auf Grund der völlig anderen Situation kein Bedürfnis.

Die analoge Anwendung des § 264 befriedigt ebenfalls nicht ganz. Eine Klageänderung ist durch Zustellung eines Schriftsatzes oder Erklärung in der mündlichen Verhandlung möglich (§ 281).³⁰ Das ist zwar für den Kläger und den alten Beklagten angemessen. Diese Vorschrift besagt aber nichts darüber, daß dem neuen Beklagten die Klageschrift zugestellt und die Einlassungsfrist gewahrt werden muß. Auch hier zeigt sich wieder der Mangel der Klageänderungsvorschriften, der für die Parteiänderung darin liegt, daß wir es dort mit drei und nicht mit zwei Personen zu tun haben. Die Praxis, die die Vorschriften über die Klageänderung direkt anwendet, hat diese Schwierigkeiten überbrückt, indem sie in Abweichung von § 264 die Zustellung eines Schriftsatzes an den neuen Beklagten und die Wahrung der Einlassungsfrist verlangt.³¹

Der Entwurf verweist hinsichtlich der Form des Vorgangs auf § 253 (Klageschrift)³² und verlangt

29.) De Boor S.94; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 265 VI 1; Baumbach-Lauterbach § 265 4 B

30.) Vgl. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 281 II; Baumbach-Lauterbach § 264,3

31.) RGZ 49,376; 96,201; KG OLG 12,96

32.) Vgl. § 272 (S.12)

außerdem die Einhaltung der Einlassungsfrist.³³ Das entspricht im wesentlichen auch der hier vorgeschlagenen Lösung. Wie allerdings die (nach dem Entwurf notwendige) Mitwirkung des neuen Beklagten erfolgen soll, ist nicht geregelt. Außerdem ist die Möglichkeit, den Beklagtenwechsel auch in der mündlichen Verhandlung durchzuführen, nicht vorgesehen. Erfahrungsgemäß treten aber beim Beklagtenwechsel häufig Fälle auf, in denen die Person, welche den Rechtsstreit vor und nach dem Wechsel auf der Beklagtenseite führt, dieselbe bleibt.³⁴ Dann wäre es reiner Formalismus, ihr die Klageschrift nochmals zuzustellen. Es ist daher wünschenswert, bei einer gesetzlichen Regelung der Parteiänderung auch einen Beklagtenwechsel in der mündlichen Verhandlung vorzusehen.

33.) Begründung S.88

34.) Vgl oben S.136ff und die Fälle OLG Köln MDR 1966,1009; OLG Hamburg OLG 30,127; OLG Neustadt VersR 1955,668; BGH LM § 264 Nr.14/15

§ 16 STREITIGKEITEN ÜBER DEN EINTRITT DES
BEKLAGTENWECHSELS

Entsteht zwischen dem Kläger und einem der Beklagten oder zwischen den beiden Beklagten Streit darüber, ob der Parteiwechsel eingetreten ist bzw., ob der eine oder der andere Beklagte noch am Verfahren beteiligt ist, so ist auch hier wieder der für den Klägerwechsel vorgeschlagene Zwischenstreit durchzuführen. Es muß zwischen allen drei Beteiligten durch rechtsmittelfähiges Zwischenurteil festgestellt werden, wer Partei ist. Auch an dem Rechtsmittelverfahren müssen wieder alle drei Personen teilnehmen, da die Interessen jedes einzelnen von ihnen berührt werden. Erst wenn geklärt ist, wer in dem weiteren Verfahren Partei ist, kann weiter zur Hauptsache verhandelt werden. Das Gericht kann allerdings (analog § 275 Abs. 2) nach Erlaß eines entsprechenden Urteils anordnen, daß mit der in der Entscheidung als richtig bezeichneten Person weiterzuverhandeln ist. Insoweit ergeben sich keine Unterschiede zum Klägerwechsel. Es kann daher zur Vermeidung von Wiederholungen auf die dortigen Ausführungen Bezug genommen werden.³⁵

35.) Vgl. oben S. 80 ff

§ 17 DIE PROZESSUALEN WIRKUNGEN DES
BEKLAGTEN WECHSELS

Auch insoweit ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede zum Klägerwechsel.³⁶ Beim Beklagtenwechsel müssen die Prozeßvoraussetzungen neu geprüft werden.³⁷ Der neue Beklagte muß parteifähig, prozeßfähig und gegebenenfalls auch ordnungsgemäß vertreten sein. Nur wenn das der Fall ist, kann der Beklagte in das Verfahren eingeführt werden und der Wechsel zustandekommen.³⁸

Darüberhinaus müssen die übrigen Prozeßvoraussetzungen vorliegen. Schwierigkeiten könnten sich hier vor allem hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts ergeben. Die Vorschriften über die Zuständigkeit knüpfen weitgehend an die Person des Beklagten an. Da der Beklagte wechselt, muß neu geprüft werden, ob auch der neue Beklagte verpflichtet ist, sich vor diesem Gericht dem Angriff des Klägers zu stellen.³⁹ Bei örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit besteht die Möglichkeit einer Verweisung nach § 276.

Auch hier gilt wieder, daß der neue Beklagte sich auf einen Schiedsvertrag,⁴⁰ den er mit dem Kläger geschlossen hat, oder auf eine Kosteneinrede (§ 271 Abs. 4), die ihm dem Kläger gegenüber zusteht, berufen kann.

Ein Versäumnisurteil kann gegen den neuen Beklagten erst dann ergehen, wenn der Wechsel wirksam

36.) Vgl. hierzu § 8, S. 86ff

37.) So auch de Boor S. 110; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j, bb; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S. 175) und ZJP 70, 7; Franz S. 122

38.) De Boor S. 104; Henckel S. 237; Franz S. 123

39.) Vgl. de Boor S. 110; Rosenberg ZJP 70, 7

40.) Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S. 175); Henckel S. 237; Franz S. 132

vollzogen ist. Obwohl der neue Beklagte der Partei-
änderung nicht zustimmen muß, kann gegen ihn nur
dann ein Versäumnisurteil ergehen, wenn er entweder
im Termin, in dem der Wechsel vollzogen wird, anwe-
send ist und nicht verhandelt oder trotz ordnungs-
gemäßer Ladung nicht erscheint. ✓

Der Anwalt des alten Beklagten ist nur dann berech-
tigt auch für den neuen aufzutreten, wenn er von
ihm beauftragt worden ist.⁴¹ Dagegen reicht die
Vollmacht von Seiten des Klägers auch für den
Rechtsstreit mit dem neuen Beklagten aus, da sie
sich auf den gesamten Rechtsstreit bezieht und
das Verfahren mit beiden Beklagten eine Einheit
bildet (§ 81).⁴²

Diese Folgerungen ergeben sich wie beim Klägerwech-
sel aus einer konsequenten Anwendung der allgemei-
nen Vorschriften des Prozeßrechts.

41.) Vgl. auch Franz S.148

42.) Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 81 II 1; Baum-
bach-Lauterbach § 81 2 A; Franz S.156; a.A.
Wieczorek § 81 A II a 1 b

§ 18 DIE MATERIELLRECHTLICHEN WIRKUNGEN DES
BEKLAGTENWECHSELS

Hinsichtlich der materiellrechtlichen Folgen des Beklagtenwechsels kann ebenfalls auf das zum Klägerwechsel Ausgeführte Bezug genommen werden.⁴³ Diese Folgen treten für den Anspruch des Klägers gegen den neuen Beklagten erst mit dessen Hereinziehung in den Rechtsstreit ein. Es ist nicht zu rechtfertigen, dem neuen Beklagten z.B. Prozeßzinsen, eine verschärfte Haftung usw. schon von der Klageerhebung gegenüber dem alten Beklagten an aufzuerlegen. In diesem Zeitpunkt konnte dem neuen Beklagten noch nichts von der zu erwartenden Klage bekannt sein. Es war ihm daher auch nicht möglich, sich gegen die Folgen einer Klageerhebung zu schützen, indem er z.B. durch Zahlung der eingeklagten Forderung die Entrichtung von Prozeßzinsen vermied oder durch die sofortige Herausgabe des geforderten Gegenstandes den Eintritt einer verschärften Haftung nach §§ 292, 990, 989 abwendete. Das soll folgender Fall verdeutlichen:⁴⁴ Die Klägerin hatte sich in einem Krankenhaus einer Operation unterzogen. Sie leitete daraus einen Schadensersatzanspruch wegen eines Behandlungsfehlers her und nahm u.a. die in Betracht kommende Stadtgemeinde in Anspruch. Nachdem sich herausgestellt hatte, daß die Stadtgemeinde nicht Trägerin des Krankenhauses war, dieses vielmehr eigene Rechtspersönlichkeit besaß, zog sie statt dessen das Krankenhaus in den Rechtsstreit.

Es ist verständlich, daß dem Krankenhaus, welches von dem Rechtsstreit gegen die Stadt möglicherweise nicht einmal etwas wußte, aus der Klageerhebung gegen die falsche Partei keine Nachteile erwachsen

43.) Vgl. § 9, S. 89ff

44.) OLG Düsseldorf MDR 1957, 238

dürfen. Man wird deshalb auch beim Beklagtenwechsel den gegenüber dem neuen Beklagten geltend gemachten Anspruch als im Laufe des Verfahrens anhängig geworden ansehen müssen. Die Rechtshängigkeit tritt daher entsprechend § 281 erst im Zeitpunkt der Parteiänderung ein.⁴⁵

Für den Eintritt der materiellen Folgen der Rechtshängigkeit ist demnach entweder der Termin maßgebend, in dem der Kläger dem anwesenden neuen Beklagten erklärt hat, daß er ihn nunmehr in Anspruch nehme, oder der Tag der Zustellung des Schriftsatzes mit der Wechselerklärung (§ 281). Der Zeitpunkt der Zustimmung des alten Beklagten ist dagegen niemals entscheidend. Für den Eintritt der Rechtshängigkeit kann lediglich eine Handlung des Klägers, nicht dagegen eine des Beklagten oder gar eines Dritten maßgeblich sein. Der Wechsel ist zwar von der Einwilligung des alten Beklagten abhängig. Erfolgt sie nicht und kann die fehlende Zustimmung auch nicht durch das Gericht ersetzt werden, so ist der ganze Parteiwechsel ungültig. Eine Rechtshängigkeit des neuen Anspruches tritt dann überhaupt nicht ein. Wird aber die Parteiänderung vollzogen, so kann für die materiellen Folgen der Rechtshängigkeit nicht die Handlung des alten Beklagten oder die Rechtskraft des Urteils, das die Ersetzung der Zustimmung des alten Beklagten ausspricht, maßgeblich sein. Auch bei einer gesonderten Klage wäre es nicht möglich, daß der Beklagte oder ein Dritter den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des klägerischen Anspruches beeinflussen könnte.⁴⁶

Eine Anlehnung an die §§ 264, 265 ist insoweit aus

45.) So auch de Boor S. 110; Rosenberg Z郑 70, 7; Schwab Z郑 73, 478; Nikisch S. 462; Bernhardt S. 209; Lent-Jauernig § 86 II (S. 247); Franz S. 134; Wilckens S. 207ff; a. A. Rosenberg, Lehrbuch⁷ § 41 III 2 (S. 169); Schönke-Schröder-Niese § 30 III 3 (S. 146)

46.) Vgl. hierzu beim Klägerwechsel S. 90ff

den gleichen Gründen wie beim Klägerwechsel nicht möglich.

Der Entwurf regelt diese Frage für den Parteiwechsel einheitlich in § 273. Die Lösung entspricht der hier vorgeschlagenen.

§ 19 DIE VERWERTBARKEIT DER BISHERIGEN VER-
FAHRENERGEBNISSE

Was die Verwertung der bisherigen Prozeßergebnisse für das weitere Verfahren anbetrifft, so gilt das gleiche, was schon für den Klägerwechsel ausgeführt wurde.⁴⁷ Die Situation ist für die Beteiligten beim Wechsel des Beklagten nicht anders als beim Wechsel des Klägers. In beiden Fällen geht es darum, daß eine neue Partei einen von einer anderen begonnenen Rechtsstreit fortführen will und dessen Ergebnisse, soweit sie ihr nützlich sind, verwerten will. Die bisherigen Verfahrensergebnisse bleiben daher verwertbar, binden den neuen Beklagten aber nicht.⁴⁸

Abzulehnen ist hier insbesondere die Ansicht,⁴⁹ eine Bindung des neuen Beklagten an alle oder einen Teil der bisherigen Verfahrensergebnisse sei möglich, auch ohne daß man ihn vorher um sein Einverständnis bittet. Will man den neuen Beklagten an irgendwelche Prozeßergebnisse binden, was aus den beim Klägerwechsel dargelegten Gründen nicht zweckmäßig ist, so wird man wenigstens sein Einverständnis hierzu einholen müssen. Die Bindung einer Partei an Ergebnisse eines fremden Verfahrens stellt eine Einschränkung ihrer Verteidigungsfreiheit dar.

47.) Vgl. hierzu § 10; S. 94ff

48.) De Boor S. 110 scheint für den Beklagtenwechsel dieser Lösung zuzuneigen und den Stoff nicht wie beim Klägerwechsel in zu übernehmenden und anderen einzuteilen. A.A. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j bb, die aber konsequenter Weise die Einwilligung des neuen Beklagten fordern. Ebenso Pohle S. 143ff, 151; MDR 1960, 963; 1964, 451; 1966, 275

49.) So Henckel S. 235 und 239

Diese Benachteiligung ist aber nur dann vertretbar, wenn sich die neue Partei damit einverstanden erklärt.

Nach einem Vorschlag speziell für den Beklagtenwechsel soll die Bindung des neuen Beklagten an die bisherigen Verfahrensergebnisse von seiner Zustimmung abhängig gemacht werden. Ist der neue Beklagte mit dem Wechsel einverstanden, so muß er die Verfahrensergebnisse übernehmen. Weigert er sich, so wird er zwar ebenfalls in den Rechtsstreit gezogen, ist aber in seiner Prozeßführung frei.⁵⁰

Eine solche Lösung würde den neuen Beklagten nicht unzulässig in seinen Rechten beeinträchtigen. In der Praxis wird es aber wohl kaum vorkommen, daß sich der neue Beklagte ohne Einschränkung an die Prozeßführung des alten binden will. Er kann die Lage des Verfahrens bei seinem Eintritt noch nicht übersehen und wird sich daher lieber gegen eine Übernahme entscheiden, um ein Risiko auszuschließen. Es ist aber auch nicht vorteilhaft, eine so wichtige Frage jeweils von Fall zu Fall nach dem Willen der Parteien zu entscheiden. Sie dürfte häufig Anlaß zu erheblichen Streitigkeiten zwischen den Beteiligten bieten. Im übrigen ist kein Grund ersichtlich, warum diese Autoren beim Beklagtenwechsel die Möglichkeit einer Bindung vorsehen, beim Klägerwechsel dagegen nicht. Die Interessenlage weist insoweit in beiden Fällen keine Unterschiede auf.

Wie schon beim Klägerwechsel dargelegt, lassen sich die notwendigen Ergebnisse weder durch eine Analogie zu § 264 noch zu § 265 erzielen.⁵¹

Eigenartigerweise läßt der Entwurf⁵² eine Bindung

50.) Bernhardt S. 209; Thomas-Putzo Vorbem § 50 IV
3 a bb, anders jeweils beim Klägerwechsel.

51.) Vgl. S. 102/103

52.) § 274 S. 2 (S. 12); Begründung S. 90/91

der neuen Partei beim Beklagtenwechsel (im Gegensatz zum Klägerwechsel⁵³⁾) ausdrücklich nicht zu. Warum diese Unterscheidung zwischen dem Kläger- und dem Beklagtenwechsel gemacht wird, bleibt unklar. Sie ist jedenfalls von der Sache her nicht geboten, da die Interessenlage insoweit in beiden Fällen gleich ist.

53.) Vgl. § 274 S.1 (S.12); Begründung S.91

§ 20 DIE VERTEILUNG DER KOSTEN DES VERFAHRENS

Die Verteilung der entstehenden Prozeßkosten ist nach den gleichen Prinzipien wie beim Klägerwechsel vorzunehmen.

1. Die Gerichtskosten

Auch hier gilt der Grundsatz, daß alle Gerichtsgebühren für das ganze Verfahren mit beiden Beklagten nur je einmal erhoben werden.⁵⁴ Eine Klagerücknahmegebühr entsteht nicht, weil das Prozeß Rechtsverhältnis nicht endet, sondern mit dem neuen Beklagten fortgesetzt wird.

Die Gerichtsgebühren muß grundsätzlich der unterliegende Teil übernehmen, also entweder der Kläger oder der neue Beklagte. Eine Ausnahme gilt nur hinsichtlich der Sonderkosten, die durch die falsche Richtung der Klage gegen den alten Beklagten erwachsen sind. Diese treffen immer nur denjenigen, der sie verursacht hat.⁵⁵ Das ist beim Beklagtenwechsel der Kläger, soweit durch seine unbegründete Klage gegen den alten Beklagten Kosten entstanden sind. Hinsichtlich der Gerichtskosten kann es sich dabei nur um eine Beweisgebühr handeln. Hat in dem übrigen Verfahren mit dem neuen Beklagten keine Beweisaufnahme stattgefunden, und konnten die alten Beweisergebnisse auch zwischen den Parteien nicht verwertet werden, z.B. weil sie sich über das Thema, welches Gegenstand der Beweisaufnahme war, nicht

54.) So auch Zöller-Stephan § 264 II 3; Markl § 31, 4; a.A. Tschischgale NJW 1962, 2135

55.) Vgl. ebenso de Boor S. 111; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 j bb; Rosenberg ZZP 70, 7; Schwab ZZP 73, 478; Bernhardt S. 209; Zöller-Stephan § 264 II 3; Blomeyer § 115 V 3 (S. 643); Franz S. 159; Schneider Sp. 709; OLG Düsseldorf MDR 1957, 238; Büro 1955, 149; OLG Frankfurt MDR 1964, 330/31

stritten, so ist die Beweisgebühr als Sonderbetrag dem Kläger aufzuerlegen.

Eine weitere Besonderheit ergibt sich hinsichtlich der gesamten Prozeßkosten, wenn der neue Beklagte die Forderung des Klägers sofort anerkennt. In diesem Fall kommt § 93 zur Anwendung. Der Kläger muß die gesamten Prozeßkosten bezahlen.⁵⁶ Dem alten Beklagten gegenüber ist er dazu verpflichtet, weil er gegen ihn eine unbegründete Klage erhoben hat, dem neuen gegenüber, weil dieser sofort anerkannt hat.

2. Die Auslagen

Hinsichtlich der Auslagen gilt Entsprechendes. Sie hat die unterliegende Partei bis auf den Teil zu tragen, der durch die falsche Richtung der ursprünglichen Klage entstanden ist. Darunter fallen alle Auslagen, die für Beweisaufnahmen, Gutachten usw. notwendig waren, die für das Verfahren mit dem neuen Beklagten belanglos waren. Sie fallen wieder dem Kläger zur Last.

3. Die Anwaltskosten

Was die Anwaltskosten betrifft, so entstehen keine Schwierigkeiten, wenn jede Partei von einem eigenen Prozeßbevollmächtigten vertreten wurde. In diesem Fall erhält jeder Anwalt (auch der des Klägers⁵⁷) einmal Gebühren, die seiner Tätigkeit in dem Verfahren entsprechen.

Die Anwaltskosten fallen letztlich als Teil der Prozeßkosten der Partei zur Last, der sie durch das Urteil auferlegt wurden. Die Gebühren des Prozeßbevollmächtigten des alten Beklagten sind als Sonderkosten, die durch die falsche Richtung der ursprünglichen Klage entstanden sind, immer dem Kläger aufzuerlegen.⁵⁸

56.) So auch Blomeyer § 115 V 3 (S. 643)

57.) A.A. Tschischgale NJW 1962, 2135 (doppelte Geb.)

58.) Vgl. Anm. 55 insbesondere OLG Düsseldorf, Büro 1955, 149

Werden beide Beklagte durch denselben Anwalt vertreten, so erhält dieser, sofern er mit seinen Mandanten nichts anderes vereinbart hat, nur einmal Gebühren,⁵⁹ weil das Verfahren eine Einheit bildet. Für seine Gebühren haftet ihm im Innenverhältnis der neue Beklagte in vollem Umfang, der alte nur soweit, als die Gebühren bereits in dem Verfahrensabschnitt entstanden sind, in dem er noch an dem Rechtsstreit beteiligt war (§ 6 Abs. 2 BRAGeO). Entscheidend ist allerdings immer die Abmachung, die die Beteiligten mit ihrem Prozeßbevollmächtigten getroffen haben.

Schließlich hat derjenige die Anwaltskosten zu tragen, dem sie durch das Urteil auferlegt wurden, also in der Regel der unterliegende Teil. Ist der Kläger unterlegen, so muß er beiden Beklagten die gesamten Anwaltskosten ersetzen. Hat er dem neuen Beklagten gegenüber obsiegt, so braucht er nur den Teil der Kosten des gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten der beiden Beklagten zu tragen, für den der alte Beklagte seinem Anwalt haftet, denn nur diesem gegenüber ist der Kläger zum Ersatz verpflichtet.

Die Verteilung all dieser Kosten läßt sich durch eine direkte Anwendung der §§ 91ff erreichen. Für die Verteilung der Sonderkosten, die durch die falsche Richtung der ursprünglichen Klage entstanden sind, ist wieder § 93 heranzuziehen.

59.) So OLG Düsseldorf RPflg 1956, 179; ähnlich OLG Frankfurt MDR 1964, 330; Gerold-Schmidt § 13 Randn. 21 meinen, wenn der erste Beklagte nach der Auftragserteilung durch den zweiten ausscheide, liege eine Angelegenheit vor und es entstünden einmal Gebühren. In den anderen Fällen seien doppelte Gebühren zu erheben. Für doppelte Gebühren auch OLG München NJW 1966, 112; Zöllner-Stephan § 264 II 3; Lauterbach § 6 BRAGeO 2 A und C; Riedel-Corves-Sußbauer § 6 Randn. 12; Göttlich S. 190 und S. 597; Franz S. 161; Tschischgale NJW 1962, 2135

§ 21 DER BEKLAGTENWECHSEL IM RECHTSMITTELZUG

1. In der Berufungsinstanz

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage
notwendig?

Der Beklagtenwechsel in der Berufungsinstanz unterscheidet sich nicht wesentlich vom Klägerwechsel in der Berufungsinstanz bzw. vom Beklagtenwechsel im ersten Rechtszug. Aus diesem Grunde sollen hier auch nur die Besonderheiten des Vorgangs und die Fragen, welche zu Zweifeln Anlaß geben, erörtert werden.

Zu der Frage eines Beklagtenwechsels in der Berufungsinstanz hat sich der Bundesgerichtshof in einer grundlegenden Entscheidung⁶⁰ geäußert. Dieser Fall lag wie folgt: Die Klägerin war Eigentümerin eines Grundstückes. Auf dem Nachbargrundstück, das einem Treuhänder der Militärregierung unterstand, stürzte eine Brandmauer ein. Hierdurch entstand auf dem Grundstück der Klägerin ein Schaden. Die Klägerin verlangte zunächst von dem Treuhänder in seiner amtlichen Eigenschaft Schadensersatz. In der Berufungsinstanz stellte sie die Klage auf den Treuhänder persönlich um. Diese Parteiänderung muß auch noch in der Berufungsinstanz möglich sein, denn das Verfahren wird praktisch mit denselben Personen lediglich für ein anderes Vermögen fortgesetzt. Es wäre unpraktisch, müßten die Parteien hier nochmals ein neues Verfahren in erster Instanz beginnen.

Hinsichtlich der Voraussetzungen und der Form gilt in der Berufungsinstanz im wesentlichen das gleiche wie für den ersten Rechtszug. Der Kläger muß die Parteiänderung in die Wege leiten, und der alte Beklagte muß ihr zustimmen. Darüberhinaus ist hier aber auch, im Gegensatz zum Wechsel in erster Instanz, die Einwilligung des neuen Beklagten erforder-

derlich, denn er verliert eine Instanz zu seiner Verteidigung, wenn er erst im zweiten Rechtszug in das Verfahren tritt. In dem oben genannten Beispiel kann sich der Verwalter persönlich nur noch in der Berufungsinstanz gegen die Angriffe der Klägerin wenden. Dieser Nachteil kann ihm grundsätzlich nur dann aufgebürdet werden, wenn er der Übernahme des Rechtsstreits zustimmt.⁶¹ Verweigert der neue Beklagte seine Einwilligung, so kann sie, ebenso wie beim Beklagtenwechsel in erster Instanz die des alten Beklagten, bei mißbräuchlichem Verhalten des Betroffenen durch das Gericht ersetzt werden.⁶² Das wurde in dem oben genannten Fall mit Recht bejaht, denn da der Beklagte nach dem Parteiwechsel noch an dem Verfahren beteiligt war (allerdings für eine andere Partei), und der Streit immer noch um den Schadensersatz wegen des Einsturzes der Brandmauer ging, hatte er kein schützenswertes Interesse an einem neuen Beginn des Verfahrens in erster Instanz. Seine Weigerung in den Rechtsstreit einzutreten, war daher mißbräuchlich. Für die Frage, wann ein solcher Mißbrauch vorliegt, kann auf die Ausführungen bei der entsprechenden Frage zum Beklagtenwechsel in erster Instanz Bezug genommen werden.⁶³ Die Regel, bei einem Beklagtenwechsel in der Berufungsinstanz auch den neuen Beklagten um sein Einverständnis zu bitten, ist demnach von der Sache her geboten.

Außerdem ist aus den beim Klägerwechsel in der Berufungsinstanz genannten Gründen wenigstens zu erwägen, ob nicht dem Gericht eine Kontrollfunktion

61.) So auch de Boor S.109; Rosenberg, Lehrbuch⁹
§ 41 III 2 (S.175) und ZZP 70,6; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3 b; Nikisch § 116 III 1 (S.461); Bernhardt S.209; Blomeyer § 115 V 1 b (S.641/642); BGHZ 21,285; OLG Köln MDR 1966, 1009

62.) So insbesondere BGHZ 21,285; Gelhaar LM § 264 ZPO Nr.10; Schneider Sp.708

63.) Vgl. S.130

dahin einzuräumen ist, daß es den Beklagtenwechsel in der Berufungsinstanz zusätzlich für sachdienlich erklären muß, um dadurch eventuell zu verhindern, daß die Parteien in Fällen einen Wechsel herbeiführen, in denen das nicht sinnvoll ist.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Insoweit würde eine Heranziehung der §§ 264 oder 265 wieder scheitern. Im Falle des § 265 ist die Zustimmung des neuen Beklagten immer erforderlich. Das geschieht aber nicht, weil der neue Beklagte eine Instanz verliert, sondern weil der Vorgang von ihm ausgehen muß. Der Verlust der Instanz ist bei § 265 unwesentlich, weil das Urteil ihm gegenüber auch dann wirksam wäre, wenn er an dem Verfahren überhaupt nicht beteiligt gewesen wäre (§§ 265, 325).

Bei einer Klageänderung wird der Verlust einer Instanz vom Gesetz nicht berücksichtigt. Er fällt dort nicht so schwer ins Gewicht, weil bei der Anspruchsvertauschung die Parteien gleichbleiben. Sie haben von Anfang an den Rechtsstreit geführt und verlieren nur insoweit eine Instanz, als sie über den geänderten Anspruch gleich im zweiten Rechtszug verhandeln müssen.

Die Rechtsprechung fordert neuerdings⁶⁴ in Abweichung von § 264 beim Beklagtenwechsel in der Berufungsinstanz ebenfalls die Zustimmung des neuen Beklagten. Sie hat sich die oben genannten Gedanken über den Instanzverlust zu eigen gemacht.

Der Beklagtenwechsel in der Berufungsinstanz ist in dem Entwurf⁶⁵ nicht besonders geregelt worden. Das erübrigte sich deshalb, weil nach der dort vorgeschlagenen Lösung für den Beklagtenwechsel in der ersten Instanz bereits die Zustimmung des neuen Beklagten gefordert wurde. Eine Erschwerung des Vorgangs war daher insoweit für die Berufungsin-

64.) BGHZ 21, 285; OLG Köln MDR 1966, 1009

65.) Vgl. § 530 (S. 26); Begründung S. 121/122

stanz nicht mehr notwendig. Die vorgesehene Regelung ist sachgerecht. Wie beim Klägerwechsel ist aber eine Ergänzung der Vorschrift dahin, daß das Gericht dem Vorgang in der Berufungsinstanz zustimmen muß, zumindest erwägenswert, um den Vorgang zu verhindern, falls eine Fortsetzung des Verfahrens nicht sinnvoll ist.⁶⁶

2. In der Revisionsinstanz

In der Revisionsinstanz ist ein Beklagtenwechsel aus den gleichen Gründen wie ein Klägerwechsel nicht möglich.⁶⁷ Die Parteiänderung verlangt, daß ein neuer Antrag gestellt wird. Damit wird auch ein neuer Tatsachenvortrag notwendig, der aber in der Revisionsinstanz ausgeschlossen ist (§ 561).

3. Zwischen den Instanzen

Es ist nicht notwendig und auch nicht zweckmäßig einen Beklagtenwechsel zwischen den Instanzen zuzulassen.⁶⁸ Auch insoweit kann auf das zum Klägerwechsel Ausgeführte Bezug genommen werden.

66.) Vgl. S. 114ff

67.) Vgl. hierzu S. 118ff; ebenso schon RG JW 1908, 44; RGZ 160, 204; ferner Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3 c; a.A. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 2 i; Pohle S. 154; Wieczorek § 264 E III; Entwurf § 566

68.) Vgl. S. 121ff; anders der Entwurf § 530 Abs. 3 (S. 27); Begründung S. 122/23

Z U S A M M E N F A S S U N G

Abschließend läßt sich sagen, daß die Erkenntnis de Boors, die Zivilprozeßordnung enthalte in Bezug auf den Parteiwechsel eine Lücke, richtig ist. Zweifelhaft bleibt aber, wie diese Lücke geschlossen werden kann. De Boor hat versucht, sie mittels einer Anwendung der Bestimmungen über den gesetzlichen Parteiwechsel, speziell § 265, zu füllen. Er kommt zwar bei seiner Untersuchung im wesentlichen zu brauchbaren Ergebnissen, diese lassen sich aber nicht aus § 265 herleiten. In den entscheidenden Fragen - Zustimmungserfordernisse der einzelnen Parteien, Verwertbarkeit der bisherigen Verfahrensergebnisse, Eintritt der materiellen Folgen der Rechtshängigkeit für die neue Partei - muß er vielmehr Lösungen vorschlagen, die in völligem Gegensatz zu dieser Norm stehen. Es erscheint aber wenig zweckmäßig, eine Lücke des Gesetzes durch analoge Anwendung einer bestimmten Vorschrift schließen zu wollen, wenn aus ihr direkt praktisch nichts für die Lösung zu entnehmen ist.

Schon besser ist insoweit eine Anlehnung an die Bestimmungen über die Klageänderung. Die dogmatischen Bedenken, die seit jeher gegen die von der Rechtsprechung vorgenommene Subsumtion des Parteiwechsels unter die Regeln über die Klageänderung geltend gemacht worden sind, sind durch die von Schwab vorgeschlagene analoge Anwendung jedenfalls auszuräumen. Die §§ 264ff lösen die wichtige Frage, wann die materiellen Folgen der Rechtshängigkeit für die neue Partei eintreten, zufriedenstellend. Auch hinsichtlich der Form des Vorgangs erhält man zutreffende Ergebnisse. Andererseits geben die §§ 264ff aber auf so entscheidende Fragen wie die Zustimmungserfordernisse der einzelnen Beteiligten und die Verwertung der bisherigen Prozeßergebnisse

keine befriedigende Antwort. Die Rechtsprechung hat sich zwar bemüht, in Abweichung von diesen Normen, die vorhandenen Fragen zu klären und den Interessen der einzelnen Beteiligten gerecht zu werden. Trotzdem sind eine ganze Reihe von Unklarheiten geblieben. Unbefriedigend bleibt vor allem, daß eine Partei, sofern das Gericht den Wechsel für sachdienlich erachtet, aus dem Verfahren gedrängt werden kann, ohne daß sie etwas dagegen tun kann.

Die Untersuchung dürfte gezeigt haben, daß eine befriedigende Lösung des Problems des gewillkürten Parteiwechsels weder durch eine direkte noch durch eine analoge Anwendung irgendwelcher Normen der Zivilprozeßordnung möglich ist. Die Fälle sind von den im Gesetz behandelten so grundverschieden, daß nur eine gesetzliche Regelung den Interessen aller Beteiligter Rechnung tragen kann. So lange eine gesetzliche Regelung fehlt, dürfte eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung allerdings das geringere Übel sein.

Die in dem Entwurf vorgeschlagene Lösung wird dem Problem des gewillkürten Parteiwechsels noch am ehesten gerecht, obwohl auch sie in vielen Fragen nicht überzeugt. Die Aufspaltung des Vorgangs in einen Parteiwechsel und eine Klageänderung ist wenig vorteilhaft. Der Wunsch der Parteien geht dahin, eine Parteiänderung vorzunehmen. Enthält diese eine Klageänderung, so ist der Parteiwechsel nur dann sinnvoll, wenn beide Teile gleichzeitig vortreten gehen. Die in dem Vorgang eventuell enthaltene Klageänderung muß daher zu dem Parteiwechsel in ein Verhältnis gesetzt werden. Denkbar ist es, die Parteiänderung nur dann zuzulassen, wenn die darin enthaltene Klageänderung zustandekommt. Noch besser wäre es allerdings, die Klageänderung nicht gesondert zu betrachten, sondern in der Einwilligung der Parteien in den Wechsel gleichzeitig ihre Zustimmung zu einer eventuellen Klageänderung zu

sehen. Das entspricht auch dem Willen der Parteien am besten.

Die erforderlichen Zustimmungen der einzelnen Beteiligten sind in dem Entwurf im wesentlichen gut abgegrenzt. Nicht richtig erscheint allerdings, daß man den neuen Beklagten in erster Instanz um sein Einverständnis zum Beklagtenwechsel bitten will, obwohl ihm durch seine nachträgliche Hineinziehung in das Verfahren keine Nachteile aufgebürdet werden. Andererseits will man den Beklagten beim Klägerwechsel nicht anhören, obwohl er dem neuen Kläger gegenüber an sein bisheriges Vorbringen gebunden sein soll. Auch das ist nicht gerechtfertigt.

Die Form des Parteiwechsels und die materiellrechtlichen Folgen für die neue Partei sind sachgerecht bestimmt. Nicht zufriedenstellend sind dagegen die Vorschriften über die Verwertung der bisherigen Verfahrensergebnisse. Wenig sachgerecht ist schon, daß für den Kläger- und den Beklagtenwechsel unterschiedliche Regelungen eingeführt werden sollen. Der neue Kläger soll an die Prozeßführung seines Vorgängers gebunden werden. Das wird ihn vielfach von einem Eintritt abhalten. Der neue Beklagte ist dagegen in seiner Prozeßführung frei. Dieser Unterschied ist sachlich nicht gerechtfertigt. Darüber hinaus will man die jeweils in dem Prozeß verbleibende Partei an ihr bisheriges Vorbringen binden. Auch das erscheint nicht angemessen, wenn man bedenkt, daß eine Prozeßhandlung immer nur im Hinblick auf den Gegner richtig verstanden werden kann. Der soll aber gerade ausgewechselt werden.

Zu der wesentlichen Frage, ob die Parteien sich gegen einen Wechsel wehren können und wie ein solcher Streit zu entscheiden ist, nimmt der Entwurf keine Stellung. Insoweit wäre eine Ergänzung der vorgesehenen Regelung geboten.

Die Zulassung eines Parteiwechsels in der Revisionsinstanz und zwischen den Instanzen ist nicht notwendig und steht auch wohl nicht im Einklang mit den übrigen Bestimmungen des Gesetzes.

Darüberhinaus wäre es erwägenswert, bei einem Parteiwechsel in der Berufungsinstanz dem Gericht aus praktischen Gründen die Möglichkeit zu geben, einen Wechsel zu verbieten, falls sich der Streitgegenstand erheblich ändert und die Fortsetzung des Verfahrens daher nicht zweckmäßig erscheint.

2. ABSCHNITT: D E R P A R T E I B E I T R I T T

1. KAPITEL: D E R K L Ä G E R B E I T R I T T

§ 22 DAS WESEN DES KLÄGERBEITRITTS

Unter dem Begriff des Parteibeitritts faßt man die Fälle zusammen, in denen zu dem Kläger oder Beklagten eine weitere Person mit dem Willen tritt, ihrerseits Partei in dem Verfahren zu werden. Ein Parteibeitritt ist aber nicht nur dann möglich, wenn bisher an dem Rechtsstreit auf jeder Seite nur eine Person beteiligt war. Auch wenn auf der Kläger- oder Beklagtenseite bereits mehrere Personen den Prozeß führen, können weitere hinzutreten. Darüberhinaus ist es denkbar, daß eine neue Person in das Verfahren gezogen wird, indem der Beklagte eine Widerklage gegen den Kläger und einen Dritten zusätzlich erhebt.¹

Hier wird der Einfachheit halber jeweils nur der Eintritt eines Klägers oder eines Beklagten in den von einem Kläger und einem Beklagten geführten Prozeß erörtert. Wollen jedoch mehrere Personen beitreten, so ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Es müssen dann die entsprechenden Voraussetzungen hinsichtlich jeder einzelnen neuen Partei vorliegen.

Der Beitritt eines weiteren Klägers neben den bisherigen in ein schwebendes Verfahren erscheint besonders dann angezeigt, wenn sich im Laufe des Rechtsstreits herausstellt, daß dem ursprünglichen Kläger die Sachlegitimation nicht allein zusteht. Als Beispiel sei genannt: Eheleute mieteten ein

- 1.) Vgl. den Fall BGHZ 40, 185 = LM Nr. 6 zu § 33 ZPO mit zustimmender Anmerkung von Johannsen; Schröder AcP 164, 517 ff
- 2.) Vgl. Kammergericht, OLG 5, 25

Restaurant, dessen Umsatz zu hoch angegeben worden war. Der Ehemann klagte deshalb gegen den Vermieter auf Herabsetzung des Mietzinses. Als sich herausstellte, daß die Eheleute gemeinschaftlich Mieter waren, wollte die Ehefrau dem Kläger beitreten. - In diesem Fall wäre die gesamte Arbeit des bisherigen Verfahrens umsonst, wollte man der Ehefrau keine Möglichkeit geben, in den Prozeß einzutreten. Das liegt daran, daß über den geltend gemachten Anspruch nur dann sachlich entschieden werden kann, wenn beide Eheleute an dem Verfahren beteiligt sind.

Aber auch in anderen Fällen spricht ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung eines Klägerbeitritts. Stehen z.B. mehrere gleichartige Ansprüche verschiedenen Personen zu, und hat nur einer der Gläubiger sein Recht eingeklagt, so können auch die anderen ein Interesse daran haben, möglichst schnell und einfach einen Titel zu erlangen. Das soll folgendes Beispiel veranschaulichen:³ Der Vater klagte einen Anspruch auf Grund der Auflösung der Verlobung seiner Tochter ein. Später trat die Tochter zusätzlich in den Rechtsstreit und machte ebenfalls einen Anspruch aus der Auflösung ihrer Verlobung geltend. Über die Frage, ob der Anspruch des Vaters gegen den Beklagten besteht, wird auch nach dem Beitritt der Tochter in gleicher Weise entschieden. Andererseits könnte die Tochter in jedem Fall in einem selbständigen Rechtsstreit ihren Anspruch gegen den Beklagten verfolgen. Ihr Beitritt ist also, im Gegensatz zu dem oben genannten Fall, für den Erfolg des anhängigen Rechtsstreits nicht notwendig. Trotzdem ist ein solcher Beitritt vorteilhaft. Die mit dem Komplex "Verlobung" zusammenhängenden Fragen können hier endgültig für alle Beteiligten geklärt werden. Die Tochter erhält

3.) Vgl. RGZ 58, 248ff. Hier kam es jedoch nicht zu einer sachlichen Entscheidung, weil beide Kläger ihre Ansprüche alternativ geltend machten. Eine solche Klage ist unzulässig.

schneller Rechtsschutz, wenn sie in das bereits laufende Verfahren eintreten kann und die dort erzielten Ergebnisse verwerten darf.

Darüberhinaus kann noch in einer dritten Gruppe von Fällen ein Parteibeitritt angezeigt sein. Scheitert ein Klägerwechsel an dem Widerspruch des Beklagten, so hat der neue Kläger die Möglichkeit, durch einen Parteibeitritt die bisherigen Verfahrensergebnisse für sich zu verwerten und damit schneller gegen den Beklagten zu einem Urteil zu kommen. Dem Beklagten wird auf diesem Wege auch gegen den alten Kläger Rechtsschutz gewährt, worauf er nicht verzichten wollte.

Ein solcher Fall ist zwar bisher nicht veröffentlicht worden, das beweist jedoch nicht, daß es diesen Vorgang nicht gibt. Diese Tatsache wird vielmehr in erster Linie darauf zurückzuführen sein, daß den Parteien eine solche Möglichkeit zu wenig bekannt ist. Das zeigt der schon häufiger herangezogene Fall deutlich, in dem aus Versehen eine Klage für den Gutsbesitzer erhoben wurde, um deren Übernahme sich der tatsächlich aktivlegitimierte Sohn vergeblich bemühte.⁴ Hier wäre ein Beitritt des Sohnes durchaus erwägenswert gewesen. Selbstverständlich konnten die Parteien dann nicht alternativ Verurteilung zu Gunsten des Vaters oder des Sohnes verlangen. Da aber das Verfahren des Vaters ohnehin weitergeführt werden mußte, und der Sohn ebenfalls klagen wollte, hätten die streitigen Ansprüche in einem Verfahren geklärt werden können. Offensichtlich übersahen die Parteien das jedoch nicht. Sie versuchten daher in der Berufungsinstanz nochmals den Parteiwechsel herbeizuführen.

Ein Klägerbeitritt bringt allen Beteiligten Vorteile. Dem neuen Kläger erlaubt er den Eintritt in ein laufendes Verfahren und gibt ihm damit die Möglichkeit, sich die Ergebnisse dieses Rechts-

4.) OLG Rostock, OLG 20, 312; vgl. S. 8

streits zunutze zu machen. Dem alten Kläger stellt er einen Streitgenossen zur Seite, der ihm häufig nützlich sein wird. Dem Beklagten erlaubt er, seinen Streit mit den beiden Klägern in einem Verfahren schneller und billiger abzuwickeln, als das in zwei aufeinanderfolgenden Prozessen möglich wäre.

Es besteht also ein Bedürfnis dafür, auch nachträglich eine weitere Person in ein schwebendes Verfahren eintreten zu lassen.⁵ Das gilt für den Fall des notwendigen Beitritts, in dem durch die Parteiänderung die Abweisung der Klage verhindert und damit die vollständige Nutzlosigkeit des Rechtsstreits abgewendet werden soll, ebenso wie für den Fall des zweckmäßigen Beitritts, in dem durch den Vorgang die bisherigen Prozeßergebnisse auch zwischen den neuen Parteien verwertet werden können und damit eine Vereinfachung, Verbilligung und Beschleunigung des Verfahrens erreicht wird.

Auf einen wesentlichen Punkt soll in diesem Zusammenhang noch besonders hingewiesen werden: Beim Parteibeitritt geht es den Beteiligten nicht darum, um jeden Preis den Eintritt einer weiteren Person in das Verfahren herbeizuführen. Wesentlich ist ihnen vielmehr, daß diese Person so in den Rechtsstreit eintreten kann, wie sie gebraucht wird. In dem oben gewählten Beispiel⁶ nutzt der Beitritt der Ehefrau nur dann etwas, wenn sie nunmehr zusammen mit ihrem Ehemann den Antrag stellen kann, daß der Mietzins herabgesetzt wird. Wunsch der eintretenden Ehefrau ist es demnach nicht, eine selbständige Klage gegen den Beklagten dahin zu erheben, daß ihr gegenüber die Miete herabgesetzt wird. Eine solche Klage wäre ebenso aussichtslos wie die bereits anhängige des Ehemannes, denn die Eheleute sind nur gemeinschaftlich aktivlegitimiert. Die Beteiligten wollen vielmehr einen einheitlichen Vorgang, der

5.) Holzhammer S. 21 ff, 23 und Lent-Jauernig § 86 III (S. 247) lehnen den Parteibeitritt ganz ab und lassen nur eine Klageverbindung durch das Gericht zu.

6.) KG OLG 5, 25

den von dem alten Kläger begangenen Fehler richtigstellt. Das ist aber nur durch den Eintritt der Ehefrau und einen neuen gemeinschaftlichen Antrag möglich.

Die Zivilprozeßordnung besagt nichts darüber, wie die Fälle des gewillkürten Parteibeitritts behandelt werden sollen. Das Gesetz enthält also auch insoweit, wie beim Parteibeitritt, eine Lücke.

1. Der Parteibeitritt als Klageänderung

Die Rechtsprechung hat auch diesen Vorgang bisher unter die Vorschriften über die Klageänderung subsumiert.⁷ Ausgangspunkt dieser Lösung ist auch für den Parteibeitritt der Gedanke, daß die Angabe der Parteien und mit ihr die Parteifunktion selbst ein Bestandteil der Klage sei, der wie jeder andere unter die Bestimmungen der §§ 264, 268-270 falle.⁸ Aus diesem Grunde ist es daher nach Meinung des Reichsgerichts als eine Klageänderung anzusehen, wenn neben den bisherigen Kläger oder Beklagten eine weitere Person tritt.⁹

Gegen diese Deduktion ergeben sich im Grunde die gleichen Bedenken wie beim Klägerwechsel. Die Klageänderung stellt, wie schon oben dargelegt,¹⁰ eine Änderung des Streitgegenstandes dar. Dagegen handelt es sich beim Parteibeitritt um den Eintritt einer weiteren Person als Partei in einen Rechtsstreit. Will z.B. neben den ursprünglich allein Klagenden später noch eine weitere Person als Klä-

7.) Vgl. die in § 2 (S. 18ff) aufgeführten Fälle.

Zuletzt BGHZ 21, 285; 40, 185; LM § 521 ZPO Nr. 4; NJW 1961, 1066

8.) So RGZ 58, 248ff, 250

9.) RG aaO; so ausdrücklich für den Parteibeitritt auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁸ § 268 II, anders die 19. Aufl.; Schönke-Schröder-Niese § 30 III 3; Sydow-Busch-Krantz-TriebeI § 268 2; Meiß ZJP 69, 174f; Hellwig S. 92f, System S. 376

10.) Vgl. S. 39

ger in den Rechtsstreit treten, so kann zwar dieser Vorgang eine Änderung des Streitgegenstandes mit sich bringen, wenn der Kläger genötigt ist, deshalb seinen Antrag gegenüber dem Beklagten zu ändern. Das trifft z.B. in dem oben genannten Fall¹¹ der Anmietung eines Restaurants durch die Eheleute zu. Nach dem Beitritt seiner Frau müssen die beiden Kläger ihren Antrag dahin ändern, daß die Miete des von ihnen gemeinsam gemieteten Lokales herabgesetzt wird. - Es ist jedoch auch möglich, daß der Antrag trotz des Beitritts der neuen Partei nicht geändert werden muß. So lag es in dem Fall¹², in welchem Ansprüche wegen der Auflösung der Verlobung geltend gemacht wurden. Hier verfolgte der Vater auch nach dem Beitritt seiner Tochter noch seinen ursprünglichen Antrag, während die Tochter einen selbständigen Anspruch anhängig machte.

Beim Parteibeitritt gilt also wie beim Parteiwechsel, daß der Vorgang nicht notwendig eine Klageänderung enthält und sich erst recht nicht darin erschöpft. Das Wesentliche an dem Parteibeitritt ist der Eintritt einer weiteren Person als Prozeßpartei in den Rechtsstreit. Auf diesen Vorgang sind aber die Vorschriften über die Klageänderung, die von einer Anspruchsvertauschung zwischen gleichbleibenden Parteien handeln, nicht zugeschnitten. Ganz abgesehen von den grundsätzlichen Bedenken, die sich gegen eine Unterordnung des Parteibeitritts unter die Vorschriften über die Klageänderung ergeben, erscheinen diese Normen auch deshalb wenig brauchbar, weil sie nur ein Verhältnis zwischen zwei Personen regeln. Beim Parteibeitritt haben wir es dagegen immer mit drei Personen zu tun.

2. Der Parteibeitritt als Klageerhebung

Gegen die Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung auf den Parteibeitritt wandte sich

11.) KG OLG 5, 25 vgl. S. 160/161

12.) RGZ 58, 248 vgl. S. 161

erstmal Kisch.¹³ Er wollte das Problem,ähnlich wie beim Parteiwechsel,durch eine Subsumtion unter die Normen über die Klageerhebung und gegebenenfalls die Klageänderung lösen.

Der Parteibeitritt besteht nach dieser Ansicht aus einer Klageerhebung,die manchmal mit einer Klageänderung verbunden ist.Und zwar erhebt der neue Kläger gegen den Beklagten eine Klage,während der alte Kläger,soweit notwendig,eine Änderung seines Anspruches vornimmt.Daraus ergibt sich,daß der Parteibeitritt,trotz seiner scheinbaren Einheitlichkeit in Wahrheit zwei verschiedene Handlungen in sich schließt,die in ihrem rechtlichen Schicksal völlig unabhängig voneinander sind.Jeder einzelne Teil des Vorgangs kann seinen eigenen Weg gehen.¹⁴

Durch die Aufspaltung des Parteibeitritts in seine einzelnen Bestandteile wird zwar eine klare Abgrenzung des Einflusses jeder einzelnen Person auf den Gesamtvorgang erreicht (die eine Partei erhebt eine Klage,die andere ändert gegebenenfalls die ihre),das Problem ist aber damit nicht zu lösen. Die Parteien wollen nämlich,wie schon oben dargelegt,keine neue Klage erheben oder eine alte ändern.Sie möchten vielmehr den eigentümlichen Vorgang des Beitritts einer Person in einen schwebenden Rechtsstreit herbeiführen.Das zeigt sich vor allem dann,wenn einer der Bestandteile des Beitritts scheitert.Was will der Kläger im Falle der Mietherabsetzungsklage¹⁵ mit einer Klageänderung erreichen,wenn seine Frau ihm nicht beitreten darf? Warum sollte die Ehefrau eintreten,wenn der Mann seine Klage nicht ändern darf? Eine teilweise

13.) S.200ff, ders. Entwurf Sp.269; in neuerer Zeit sind dieser Lösung vor allem gefolgt: Thomas-Putzo Vorbem.§ 50 IV 4; Putzo NJW 1964,500; Holzhammer S.21ff,der die Zulassung aber von der Mitwirkung des Gerichts abhängig macht; Hofmann NJW 1964,1027; teilweise Blo-meyer § 115 IV 1 und 2

14.) Kisch S.481f

15.) KG OLG 5,25 vgl.S. 160/161

Durchführung des Vorgangs entspricht nicht dem Willen der Parteien und ist für sie sinnlos.

Sieht man den Parteibeitritt als selbständige Klageerhebung an, so sind die bisherigen Prozeßergebnisse für die neue Partei nicht verwertbar, der Rechtsstreit muß mit ihr vielmehr von vorne angefangen werden.¹⁶ Auch das ist eine Konsequenz, die nicht den Absichten der Parteien entspricht. Bei Anwendung dieser Ansicht gibt es demnach keinen echten Parteibeitritt.

Mit der Einordnung des Parteibeitritts unter die Bestimmungen über die Klageänderung und die Klageerhebung sind die Möglichkeiten, den Vorgang unter gewisse Gesetzesvorschriften zu subsumieren, erschöpft. Da keine dieser Normen den Parteibeitritt erfaßt, liegt auch insoweit eine Lücke des Gesetzes vor. Es ist in letzter Zeit kein wesentlich neuer Vorschlag gemacht worden, wie diese Lücke geschlossen werden soll. Die Untersuchung beschränkte sich im wesentlichen auf den Parteiwechsel. Die dort gewonnenen Ergebnisse wurden dann im allgemeinen auf den Parteibeitritt übertragen.¹⁷

3. Der Parteibeitritt als Institut eigener Art.

De Boor¹⁸ glaubte das Problem der gewillkürten Parteiänderung mit seinen Vorschlägen zum Parteiwechsel gelöst zu haben. Es bestehen aber schon vom Ausgangspunkt her Bedenken, den Parteibeitritt und den Parteiwechsel gleichzubehandeln. Bei einem Parteiwechsel geht es um die Nachfolge in ein beste-

16.) So Kisch S. 348/349, ders. Parteibeitritt

S. 305; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4; Bernhardt S. 210

17.) So u. a. de Boor S. 125; Rosenberg ZZP 70, 4 ff, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S. 174); Lent-Jauernig § 86 III bis zur 12. Aufl., anders jetzt 14. Aufl.

18.) S. 125

hendes Prozeßrechtsverhältnis. Mit einem solchen Fall beschäftigt sich auch der von de Boor für eine Analogie herangezogene § 265. Dagegen soll bei einem Parteibeitritt das bestehende Prozeßrechtsverhältnis auf eine weitere Person erstreckt werden, ohne daß dafür eine andere ausscheidet. Diese beiden Fälle können nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden. Die Tatsache, daß das Gesetz einen Parteiwechsel kennt, besagt nicht, daß das auch für den Parteibeitritt gilt. Im übrigen ist aber auch die Interessenlage der Beteiligten beim Wechsel und Beitritt sehr verschieden voneinander. Das zeigt kurz folgendes Beispiel:¹⁹ Der Kläger hatte gegen die Beklagte (eine OHG) eine Forderung eingeklagt. Im Prozeß erschien es ihm vorteilhaft, da die OHG inzwischen in Konkurs gefallen war, auch noch die einzelnen Gesellschafter in das Verfahren zu ziehen, da sie nach § 128 HGB für die Forderung haften. Warum sollte er aber hierfür (wie beim Beklagtenwechsel) der Erlaubnis des bisher allein Verklagten bedürfen? Beim Beklagtenwechsel ist die Einwilligung des alten Beklagten nicht entbehrlich. Er erhält, falls er aus dem Rechtsstreit ausscheidet, keinen Rechtsschutz gegen den Kläger. Beim Beklagtenbeitritt ist die Lage aber ganz anders. Der alte Beklagte bleibt nach wie vor an dem Verfahren beteiligt. Er streitet immer noch um den gleichen oder fast gleichen Anspruch. In dem Beispielfall geht es ohne Änderung noch darum, ob er die Forderung erfüllen muß. Seine Lage wird hier durch die Hereinziehung einer weiteren Person in keiner Weise beeinträchtigt, im Gegenteil, er erhält einen Genossen, der ihn in seinem Streit unterstützt. In einem solchen Fall ist kein Grund ersichtlich, den alten Beklagten um seine Einwilligung zu bitten. Wollte man im Sinne de Boors handeln, so wäre es systemgerechter, da die Gleichbehandlung des Parteibeitritts mit dem Parteiwechsel nicht möglich ist, zu prüfen, ob das Gesetz Fälle des Parteibeit-

19.) So der Fall BGH NJW 1961, 1066

tritts kennt und ob aus diesen Normen Erkenntnisse für den gewillkürten Parteibeitritt herzuleiten sind.

Die Zivilprozeßordnung behandelt zwar eine ganze Reihe von Fällen, in denen nachträglich ein Dritter an einem zwischen zwei Personen schwebenden Verfahren beteiligt wird, so z.B. die Haupt- und Nebenintervention (§§ 64f, 66ff) oder die Streitverkündung (§§ 72ff). Allen diesen Fällen ist aber gemeinsam, daß der Dritte entweder nicht Partei wird, wie bei der Nebenintervention und der Streitverkündung, oder daß er zwar Partei wird, wie bei der Hauptintervention, dann aber nicht einer Partei zur Seite tritt, sondern nunmehr eine Klage gegen beide Parteien erhebt.

Einen echten Fall des Parteibeitritts regelt die Zivilprozeßordnung dagegen nur in § 856 Abs.2. Diese Vorschrift behandelt einen Klägerbeitritt. Sie setzt voraus, daß mehrere Gläubiger die Forderung ein und desselben Schuldners gepfändet haben. Hat dann einer der Gläubiger, dem dieser Anspruch überwiesen worden ist, gegen den Drittschuldner Klage auf Erfüllung erhoben, so ist jeder andere Gläubiger, für den der Anspruch ebenfalls gepfändet worden ist, berechtigt, sich dem Kläger in jeder Lage des Verfahrens als Streitgenosse anzuschließen. Diese Anschließung hat zur Folge, daß der Beitretende ebenfalls Kläger in dem schwebenden Rechtsstreit wird.²⁰

Aus § 856 könnte man für den gewillkürten Parteibeitritt entnehmen, daß das Gesetz einen sehr ähnlichen Vorgang kennt. Der Kläger ist nicht genötigt, seinen Anspruch durch eine eigene Klage zu verfolgen. Das Gesetz verweist ihn vielmehr durch den § 856 darauf, seine Rechte durch einen Beitritt in dem schwebenden Verfahren geltend zu machen und dadurch Zeit und Arbeit der Gerichte zu sparen.

20.) Ganz h.M.vgl. Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 II 1 (S.172); Blomeyer § 115. II 3 (S.634), Baumbach-Lauterbach § 856 2

Die Ansprüche der verschiedenen Gläubiger sollen der Einfachheit halber in einem Rechtsstreit verhandelt werden. Gleiches gilt beim gewillkürten Klägerbeitritt. Eine Analogie zu dieser Vorschrift ist daher vom Ausgangspunkt her grundsätzlich möglich.

In Betracht kommt auch noch eine analoge Anwendung des § 264. Eine Anlehnung an diese Vorschrift ist allerdings in den Fällen des Parteibeitritts weit schwieriger als beim Parteiwechsel. Der Gedanke Schwabs,²¹ so wie bei der Klageänderung der Anspruch ein anderer werde, ohne daß der alte Anspruch zurückgenommen werde, wechsele bei der Parteiänderung die Partei, ohne daß es einer Klagerücknahme bedürfe, ist nicht übertragbar. Er trifft zwar, wie schon oben dargelegt,²² das Verhältnis beim Parteiwechsel ganz gut, beim Parteibeitritt ist die Lage aber anders. Hier wechselt keine Partei, es tritt vielmehr eine weitere neue hinzu.

Eine Anlehnung an § 264 könnte man allenfalls wie folgt herstellen: Wenn schon der Wechsel einer Partei innerhalb des Verfahrens möglich ist, so muß erst recht der Eintritt einer weiteren Person zulässig sein. Der Beitritt stellt jedenfalls einen ähnlichen Vorgang dar. Während beim Wechsel eine Person in das Verfahren tritt und eine andere dafür ausscheidet, tritt beim Parteibeitritt lediglich eine hinzu. Man könnte den Parteibeitritt daher als Teilstück eines Parteiwechsels ansehen und ihn, da der Parteiwechsel analog der Klageänderung behandelt werden soll (gleichsam als minder schweren Fall), ebenfalls den Regeln der §§ 264ff unterstellen. Diese Lösung ist allerdings schon von ihrem Ansatzpunkt her sehr zweifelhaft.

4. Gesetzliche Regelung des gewillkürten Parteibeitritts

Die vorangehende Untersuchung dürfte gezeigt haben,

21.) ZJP 73, 477

22.) Vgl. S. 46/47

daß beim Parteibeitritt schon von der grundsätzlichen Einordnung her, noch größere Schwierigkeiten als beim Parteiwechsel bestehen. Die Lücke des Gesetzes läßt sich, abgesehen von den später noch zu untersuchenden Einzelfragen, mit den von der Zivilprozeßordnung gegebenen Möglichkeiten kaum schließen. Aus diesem Grunde gilt hier noch mehr als beim Parteiwechsel, daß nur eine gesetzliche Regelung helfen kann.

Der Entwurf der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit bemüht sich richtigerweise, wie beim Parteiwechsel, gar nicht erst um eine Subsumtion des Vorgangs unter die bisherigen Rechtsnormen, sondern behandelt den Parteibeitritt als Institut eigener Art.²³ Bedauerlich ist aber, daß dieses Institut, sofern es eine Klageänderung enthält, in einen Parteibeitritt und eine Klageänderung aufgespalten werden soll.²⁴ Das widerspricht ganz eindeutig dem Willen der Parteien und führt zu den schon oben²⁵ erörterten unerwünschten Ergebnissen, wenn die Parteiänderung und die Klageänderung nicht zusammen vollzogen werden. Es gilt daher auch hier, daß die Klageänderung in einen Zusammenhang zu der Parteiänderung gesetzt werden muß, falls die angestrebte gesetzliche Regelung den Interessen der Parteien gerecht werden soll. Das könnte dadurch geschehen, daß man eine Vorschrift in das Gesetz aufnimmt, nach der für den Fall des Parteibeitritts Partei- und Klageänderung nur gemeinsam zustandekommen können. Scheitert ein Teil des Vorgangs, so ist der Beitritt nicht wirksam.

23.) Vgl. Begründung S.51

24.) Vgl. Begründung S.87

25.) S.163/164

§ 23 DIE ZUM KLÄGERBEITRITT ERFORDERLICHEN

ZUSTIMMUNGEN

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage
notwendig?

1. Die Stellung des neuen Klägers

Durch den Beitritt will der neue Kläger das bestehende Prozeßrechtsverhältnis auf sich erstrecken. Er verlangt nunmehr Rechtsschutz, allerdings mit der Besonderheit, daß er diesen nicht mit einer selbständigen Klage, sondern durch den Beitritt in das laufende Verfahren sucht. Genau wie eine selbständige Klage immer vom Willen des Klägers abhängig ist, so wird man auch in diesem Falle die Initiative des Klägers verlangen müssen.

In den beiden schon häufiger herangezogenen Beispielsfällen zeigt sich das deutlich. Die Mietherabsetzungsklage²⁶ kann zwar nur Erfolg haben, wenn die Ehefrau dem Kläger beiträgt. Trotzdem ist es allein ihre Sache zu entscheiden, ob sie ihre Rechte geltend machen will. Noch klarer tritt das in dem zweiten Beispielsfall²⁷ hervor. Es hängt ausschließlich vom Willen der Tochter ab, ob sie Ansprüche wegen der Auflösung ihrer Verlobung einklagen will. Tut sie es nicht, so hat das Gericht nicht darüber zu befinden.

Es ist demnach Sache des Anspruchsinhabers zu entscheiden, ob er seine Rechte geltend machen will. Zwar kann der bereits an dem Rechtsstreit beteiligte bisherige Kläger die noch außerhalb stehende Person anregen, in den Prozeß einzutreten. Er wird das auch wohl dann tun, wenn er bezüglich des eingeklagten Anspruches nicht allein sachlegitimiert

26.) KG OLG 5, 25, vgl. S. 19

27.) RGZ 58, 248, vgl. S. 18

ist und seine Klage daher nur zusammen mit dem neuen Kläger Aussicht auf Erfolg hat. Niemand kann jedoch von einem Dritten in einen Rechtsstreit als Kläger hineingezwungen werden. Die Zustimmung des neuen Klägers kann daher nicht entbehrt werden.²⁸

2. Die Stellung des alten Klägers

Die Einwilligung des alten Klägers ist ebenfalls erforderlich. Zwar kann der neue Kläger jederzeit gegen den Beklagten klagen, ohne daß er dazu die Mitwirkung eines Dritten benötigt. Will er aber in den Rechtsstreit des bisherigen Klägers eintreten, so braucht er dessen Zustimmung.²⁹ Es ist einer Partei nach dem Gesetz nämlich nicht möglich, einen Dritten ohne seinen Willen zum klägerischen Streitgenossen zu machen. Soll der Rechtsstreit erst anhängig gemacht werden, so ist bereits in den §§ 59ff festgelegt, daß mehrere Personen gemeinschaftlich klagen können, aber nicht müssen. Es besteht also keine Pflicht, sondern nur ein Recht zu einer gemeinsamen Klage.³⁰ Sind sich die Parteien nicht einig, so muß jede ihren Anspruch in einem gesonderten Verfahren verfolgen. Im übrigen ist aber auch kein Grund ersichtlich, von dieser Regel abzuweichen. Konnten sich die Parteien vor der Klageerhebung nicht über ein gemeinsames Vorgehen einigen, so soll es ihnen auch nicht gestattet sein, durch einen nachträglichen Beitritt diese Regel zu umgehen.

28.) Allg.M.vgl.u.a. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a; Rosenberg ZZP 70, 5; Thomas-Putzo Vorbem.§ 50 IV 4

29.) So schon Kisch S.510/11; ferner Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a; Blomeyer S.635; Bernhardt S.209; a.A.Holzhammer S.23; Thomas-Putzo Vorbem.§ 50 IV 4 a; Putzo NJW 1964,501

30.) Allg.M.vgl.u.a.Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 59 I 4; Rosenberg,Lehrbuch⁹ § 94 I 2a (S.463)

3. Die Stellung des Beklagten

Den Beklagten braucht man (im Gegensatz zum Klägerwechsel, wo seine Zustimmung deshalb notwendig ist, weil er gegen den ausscheidenden Kläger keinen Rechtsschutz erhält) wegen der Parteiänderung an sich grundsätzlich nicht um sein Einverständnis zu fragen. Er kann sich nicht dagegen wehren, nunmehr auch von einer weiteren Person in Anspruch genommen zu werden, denn er wäre auch vor einer selbständigen Klage der neuen Partei nicht geschützt. Im übrigen hat der Beklagte kein Recht darauf, in einem Verfahren, das er mit einer bestimmten Person begonnen hat, auch künftig ausschließlich von ihr in Anspruch genommen zu werden. Das ergibt sich aus § 147, denn bei einer nachträglichen Verbindung mehrerer Klagen durch das Gericht würde der Beklagte auch nicht um sein Einverständnis gefragt. Der Beklagte wird durch den Parteibeitritt auch nicht in seiner Verteidigung beeinträchtigt, denn seine Verhandlung mit dem alten Kläger geht ohne Unterbrechung weiter. Der Rechtsstreit mit dem neuen Kläger beginnt zwar erst jetzt; das belastet ihn aber ebenfalls nicht, denn er ist diesem gegenüber nicht durch die bisherige Prozeßführung in seiner Verteidigungsfreiheit eingeschränkt. Wollte man den Beklagten allerdings auch dem neuen Kläger gegenüber an sein bisheriges Vorbringen binden, so würde er durch den Parteibeitritt schlechter gestellt als bei einer selbständigen Klage. Das kann nur mit seiner Einwilligung geschehen.

Insoweit liegt es in den schon häufiger herangezogenen Beispielsfällen wie folgt: Wird der Beklagte von der Tochter zusätzlich wegen deren Ansprüche aus der Auflösung ihrer Verlobung bzw. der Vermieter von der Ehefrau neben ihrem Mann auf Herabsetzung der Miete in Anspruch genommen, so kann er sich dagegen an sich nicht wehren. Er muß sich einer Klage in jedem Fall stellen. Nur wenn ihm darüber hinaus durch die nachträgliche Hineinziehung Nach-

teile entstehen, muß seine Einwilligung eingeholt werden.

Der Beklagte könnte dann ein besonderes Interesse daran haben, daß der neue Kläger nicht beitrtritt, wenn der ursprüngliche Kläger den Anspruch nur zusammen mit dem neuen erfolgreich geltend machen kann, wie es etwa in dem Fall der Mietherabsetzungsklage der Eheleute liegt.³¹ Hier verliert der Beklagte durch den Beitritt die ziemlich sichere Aussicht, ein klageabweisendes Urteil zu erhalten. Insoweit ist der Beklagte aber nicht schutzwürdig, denn er würde den alten Kläger dadurch nur schädigen, und der eigentliche Streit bliebe unentschieden. Der alte Kläger müßte die Kosten des gescheiterten Verfahrens tragen und würde zusammen mit dem neuen einen weiteren Prozeß anstrengen. Dadurch käme es zu einer unerwünschten Verdoppelung des Verfahrens. Die Einwilligung des Beklagten ist daher grundsätzlich nicht erforderlich.³²

Von diesem Grundsatz gibt es jedoch eine Ausnahme. Es ist möglich, daß der alte Kläger mit dem Beitritt des neuen seinen Anspruch ändert. Manchmal werden die beiden Kläger notwendige Streitgenossen sein. Dann kann der einzelne Beteiligte nicht allein mit Erfolg klagen. Hat der ursprüngliche Kläger das verkannt, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als nach dem Beitritt des neuen seinen Antrag umzustellen. Als Beispiel sei hier nochmals der Fall der Mietherabsetzungsklage³¹ herangezogen. Der Beitritt ist nur dann von Nutzen, wenn der Ehemann dabei seinen Antrag entsprechend ändert. Er muß nunmehr vortragen, daß nicht er allein, sondern beide Eheleute das Restaurant gemietet haben. Entsprechend muß der Antrag dahin geändert werden, daß er übereinstimmend mit seiner Frau beantragt, die Miete in dem mit den Eheleuten bestehenden Vertragsverhältnis herabzusetzen. Würde der Ehemann da-

31.) KG OLG 5, 25; vgl. S. 19

32.) A.A. diejenigen, welche Parteiwechsel und Parteibeitritt gleichbehandeln, vgl. S. 57 Anm. 58

gegen bei seinem bisherigen Antrag bleiben, der davon ausgeht, daß er allein Mieter ist, so könnte er damit nicht obsiegen.

In diesen Fällen ist in dem Vorgang des Klägerbeitritts noch eine Klageänderung enthalten. Es soll hier nochmals hervorgehoben werden, daß dann trotzdem eine einheitliche Parteiänderung vorliegt und nicht etwa ein Klägerbeitritt verbunden mit einer Klageänderung. Die Parteien wollen nicht, daß der neue Kläger hinzutritt, gleich, ob dabei auch eine Änderung des Anspruches möglich ist. Ihnen ist nur dann mit der Parteiänderung gedient, wenn gleichzeitig der richtige Anspruch eingeführt werden kann, denn nur mit diesem hat ihre Klage Aussicht auf Erfolg.

Während also die Interessen des Beklagten nicht berührt werden, wenn der Anspruch trotz des Beitritts derselbe bleibt, ist es in den Fällen, die auch eine Anspruchsänderung enthalten, umgekehrt. Hier soll der Beklagte keine Entscheidung über den alten Anspruch erhalten. Insofern wird seine Stellung beeinträchtigt und es muß ihm der Schutz zuteil werden, den das Gesetz in solchen Fällen vorsieht. Da sich dieser Teil des Vorgangs aus der Sicht des Beklagten als Klageänderung darstellt, wird man den Interessen des Beklagten voll auf gerecht, wenn man für die Frage, ob er zustimmen muß, den § 264 heranzieht. Daraus ergibt sich: Liegt eine Anspruchsänderung vor, so muß der Beklagte dem Klägerbeitritt zustimmen.

4. Kann das Gericht die Einwilligung eines Beteiligten ersetzen, falls er sich dem Klägerbeitritt widersetzt?

Es ist daran zu denken, die Zustimmung des alten Klägers oder des Beklagten zu ersetzen. Auf die Initiative des neuen Klägers kann dagegen allein deshalb schon nicht verzichtet werden, weil nur er entscheiden kann, ob er einen Anspruch geltend ma-

chen will.

Verweigert der alte Kläger seine Mitwirkung bei dem Eintritt des neuen, so geschieht das, weil er nicht mit ihm zusammen einen Rechtsstreit führen will. Widerspricht z.B. in den oben genannten Fällen der Vater der gemeinsamen Prozeßführung mit seiner Tochter über die Ansprüche aus der Auflösung des Verlöbnisses oder der Ehemann dem Beitritt seiner Frau zu der Mietherabsetzungsklage, so ist das darauf zurückzuführen, daß er den Rechtsstreit nicht mit der neuen Partei führen will.

Insoweit ist der Wille der Parteien aber nur begrenzt maßgeblich. Das Gesetz hat nämlich in § 147 dem Gericht die Möglichkeit gegeben, mehrere bei ihm anhängige Verfahren auch gegen den Willen der Beteiligten zu verbinden. Zwar betrifft diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur verschiedene bereits anhängige Prozesse, sie wird jedoch hier entsprechend anzuwenden sein. Beim Parteibeitritt ist noch kein Rechtsstreit des neuen Klägers anhängig; würde er aber eine selbständige Klage erheben, so stünde einer Verbindung dieses Prozesses mit dem des alten Klägers durch das Gericht nichts entgegen. Würde z.B. die Tochter wegen ihrer Ansprüche aus der Auflösung des Verlöbnisses eine selbständige Klage gegen den Beklagten erheben, so könnte das Gericht dieses Verfahren mit dem ihres Vaters verbinden. Auch bei einer gleichzeitigen selbständigen Klageerhebung zweier Kläger kann sich jeder von ihnen gegen eine Verbindung wenden. Seine Weigerung würde aber durch einen Beschluß des Gerichts nach § 147 gegenstandslos.

Diese Bestimmung ist geschaffen worden, um Arbeit und Kosten zu sparen. Diesem Zweck dient sie auch dann, wenn man sie auf den Klägerbeitritt anwendet. Ob zwei vorhandene Klagen durch das Gericht ver-

bunden werden oder ob man einem Dritten erlaubt, seine Rechte durch Beitritt in ein schwebendes Verfahren zu verfolgen, bleibt im Grunde gleich. In beiden Fällen wird der Wille des ursprünglichen Klägers nur insoweit gebrochen, als er sich gegen eine Verbindung seines Rechtsstreits mit dem eines anderen wehrt. Das ist aber nach § 147 zulässig. Verweigert der alte Kläger also seine Einwilligung, so kann sie durch das Gericht ersetzt werden.³³

Die Mitwirkung des Beklagten ist, wie oben dargelegt, nur dann notwendig, wenn der Klägerbeitritt für ihn mit einer Klageänderung verbunden ist. Der Beklagte wird in diesem Fall ausschließlich deshalb um sein Einverständnis gefragt, weil er nicht über den alten, sondern über einen geänderten Anspruch eine Entscheidung erhält. Seine Lage entspricht genau der des Beklagten bei der Klageänderung. Daher ist es möglich, bei Sachdienlichkeit den Parteibeitritt auch gegen den Willen des Beklagten durch das Gericht zuzulassen.

5. Die Stellung des Gerichts

Beim Parteibeitritt erhebt sich ähnlich wie beim Parteiwechsel die Frage, ob außer der Mitwirkung der einzelnen Beteiligten auch noch eine Zustimmung des Gerichts erforderlich ist. Es wäre daran zu denken, daß das Gericht den Vorgang zusätzlich für sachdienlich erklären muß,³⁴ um zu verhindern, daß ein Parteibeitritt in Fällen herbeigeführt wird, in denen er nicht zweckmäßig ist. Eine solche Voraussetzung wird man aber aus den gleichen Gründen wie beim Parteiwechsel jedenfalls für die erste Instanz ablehnen müssen.³⁵ Das Gesetz geht vom Prin-

33.) So jetzt auch Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a

34.) So für den Parteiwechsel Henckel S.242 und Parteiwechsel S.227; Wilckens MDR 1957,208; Franz S.57ff; für die Berufungsinstanz auch Böttcher MDR 1958,330; Pohle S.153

35.) Vgl.S.64ff

zip der Parteiherrschaft aus. Es bleibt daher den Parteien überlassen, wie sie im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften ihre Ansprüche verfolgen wollen.

Beim Parteibeitritt besteht aber noch weniger Anlaß als beim Parteiwechsel, das Einverständnis des Gerichts zu fordern. Das Gesetz hat nämlich die Fälle der subjektiven Klagehäufung eingeschränkt. Das gilt auch für den Parteibeitritt. Eine gemeinschaftliche Verhandlung mit den beiden Klägern kann nachträglich nur dann herbeigeführt werden, wenn sie auch bei einer ursprünglichen gemeinsamen Klage zulässig gewesen wäre.³⁶ Das ist der Fall, wenn zwischen den beiden Klägern wenigstens die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft vorliegen (§§ 59ff). Nur dann bringt die Zusammenfassung der verschiedenen Verfahren Vorteile mit sich, denn die durch beide Kläger aufgeworfenen Fragen werden ähnlich sein.

In diesem Zusammenhang ist zu klären, wie sich die Anwendung der §§ 59 ff auf den gewillkürten Parteibeitritt auswirkt. Es ist einerseits denkbar, einen Parteibeitritt nur dann zuzulassen, wenn die Ansprüche beider Kläger in einem in den §§ 59ff geregelten Verhältnis stehen.³⁷ Ist das nicht der Fall, so kommt ein Beitritt nicht in Betracht. Dem Gericht stünde dann im Rahmen dieser Vorschriften eine Kontrollbefugnis zu. Hierdurch würde verhindert, daß die Parteien in Fällen, in denen ein Parteibeitritt keine Vorteile mit sich bringt (weil zwischen den Ansprüchen nicht der in den §§ 59ff vorausgesetzte Zusammenhang besteht), eine gemeinschaftliche Verhandlung herbeiführen.

36.) Allg. M. vgl. u. a. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a; Blomeyer S. 636; ebenso schon Kisch S. 313f

37.) So Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4; Bernhardt S. 210; Wieczorek § 264 E III b 1; für den Parteiwechsel zieht das auch Pohle S. 145 in Betracht.

Andererseits ist es aber auch möglich, die Entscheidung darüber, ob ein Beitritt zustandekommt, ausschließlich den Parteien zu überlassen und die §§ 59ff lediglich in dem Sinne zu verstehen, daß sie die Voraussetzungen einer gemeinschaftlichen Verhandlung festlegen. Das würde bedeuten, daß das Gericht kein Mitspracherecht beim Parteibeitritt hat. Es könnte nur die anhängigen Verfahren trennen, falls die Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft nicht vorliegen.

Das Gesetz geht davon aus, daß es Sache der Parteien ist, zu entscheiden, ob sie gemeinschaftlich klagen oder mehrere Personen zusammen verklagen wollen. Haben sie in einem Fall, in dem die Bestimmungen der §§ 59ff nicht erfüllt sind, eine Streitgenossenschaft begründet, so wird diese vom Gericht aufgehoben.³⁸ Dann ist nicht die Klage, sondern nur die Verbindung unzulässig.

Das ändert sich auch nicht, wenn eine Streitgenossenschaft nachträglich begründet werden soll. Die §§ 59ff enthalten keine Bestimmung dahingehend, daß die nachträgliche Begründung einer Streitgenossenschaft auch vom Willen des Gerichts abhängig ist. Zwar ist in § 147 festgelegt, daß das Gericht mehrere bei ihm anhängige Prozesse verbinden kann. Sind die Verfahren einmal anhängig, entscheidet nur noch das Gericht darüber, ob sie gemeinschaftlich verhandelt werden. Solange das aber nicht der Fall ist, wird man es allein den Parteien überlassen müssen, ob sie eine Streitgenossenschaft, gegebenenfalls auch nachträglich, herbeiführen wollen.³⁹

38.) Allg.M.vgl.Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ Vor § 59 III 3; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 94 II 2 (S. 464); Baumbach-Lauterbach Übers. § 59, 3

39.) H.M.vgl.Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ Vor § 59 II; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 94 I 2 a (S. 463); Blomeyer § 115 IV 1 a (S. 636); Baumbach-Lauterbach Vor § 59, 2; a.A. Holzhammer S. 23; Bernhardt S. 210; Wieczorek § 264 E III b 1; Thomas-Putzo Vorbem § 50 IV 4

Es ist kein Grund ersichtlich, beim Parteibeitritt eine Erschwerung des Vorgangs zu fordern.

Darüberhinaus entspricht es im allgemeinen dem Interesse des neuen Klägers, seinen Anspruch auch dann anhängig zu machen, wenn die gemeinschaftliche Verhandlung nicht möglich ist. Er wird dann lieber eine Trennung der Prozesse in Kauf nehmen, als auf eine Entscheidung über seinen Anspruch ganz zu verzichten. Zum Beleg sei hier nochmals das Beispiel der Klage wegen Auflösung des Verlöbnisses herangezogen.⁴⁰ Darf die Töchter ihre Ansprüche nicht zusammen mit dem Vater verfolgen, so ist es ihr sicher lieber, daß die Prozesse getrennt weiterverhandelt werden, als daß sie darauf verwiesen wird, nun nochmals eine selbständige Klage zu erheben.

Hinsichtlich der Zustimmungsvoraussetzungen ergibt sich demnach folgendes Ergebnis: Der neue Kläger muß seinen Eintritt in den Prozeß herbeiführen. Der alte Kläger muß dem zustimmen. Seine Einwilligung kann jedoch durch das Gericht ersetzt werden (§ 147). Der Beklagte braucht dagegen grundsätzlich nicht gefragt zu werden. Ist in dem Klägerbeitritt eine Klageänderung enthalten, so muß der Beklagte nach Maßgabe dieser Vorschriften zu dem Vorgang gehört werden.

Dieser Vorschlag weicht ganz erheblich von den für den Klägerwechsel aufgestellten Regeln ab. Das liegt daran, daß die Interessenlage der Beteiligten beim Beitritt grundverschieden von der beim Parteiwechsel ist. Daher erfordern beide Vorgänge eine unterschiedliche Behandlung, so bedauerlich das im Hinblick auf eine möglichst einfache und einheitliche Regelung des Problems auch ist. Der Beklagte erhält beim Klägerwechsel keine Entscheidung gegenüber dem alten Kläger. Seine Position muß daher stark sein, und er darf nicht einfach aus dem Verfahren ge-

40.) RGZ 58, 248; vgl. S. 18

drängt werden. Beim Klägerbeitritt erhält er dagegen in jedem Fall auch gegenüber dem alten Kläger ein Urteil. Betrifft diese Entscheidung den ursprünglich eingeklagten Anspruch, so ist seine Lage nicht anders, als wäre der Rechtsstreit ohne die Parteiänderung weitergegangen. Bekommt er eine Entscheidung über einen geänderten Streitgegenstand, so ist er jedenfalls nicht schutzwürdiger, als hätte der alte Kläger auch ohne den Beitritt der neuen Partei seine Klage geändert.

Wegen dieser besonderen Interessenlage kann ich auch nicht der Ansicht folgen, die meint, ein Parteibeitritt sei jeweils nur eine Handlung des alten Klägers, zu der die übrigen Personen nicht gefragt werden müßten,⁴¹ oder einer anderen Meinung, die glaubt, die Einwilligung des Beklagten sei immer notwendig.⁴² Diese Lösungsvorschläge berücksichtigen die Belange der Beteiligten nicht richtig.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Bei einem Vergleich der für den Klägerbeitritt erforderlichen Zustimmungen mit dem, was sich aus einer Analogie zu den naheliegenden Vorschriften ergibt, ist festzustellen:

Folgt man der Regelung des § 265, was schon vom Ausgangspunkt her zweifelhaft ist, so müßten alle drei Beteiligten dem Vorgang zustimmen.⁴³ Das ist jedoch beim Klägerbeitritt wegen

41.) Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3. a

42.) So diejenigen, welche Klägerwechsel und Klägerbeitritt gleichbehandeln. Vgl. u. a. de Boor S. 125; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S. 174); ZZP 70, 4ff; ferner die Rechtsprechung als Konsequenz der Anwendung des § 264. Vgl. RGZ 58, 250; OLG Königsberg OLG 11, 74

43.) Vgl. u. a. Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 101 III 2 (S. 495); Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 265 VI 1; a. A. Nikisch S. 459

der anderen Interessenlage nicht richtig. Auch die Möglichkeit, die Einwilligung des alten Klägers oder des Beklagten zu ersetzen, sieht § 265 nicht vor.

Aber auch die Anwendung des § 856 Abs. 2, des einzigen Falles eines gesetzlichen Parteibeitritts, vermag hier nicht zufriedenzustellen. Nach § 856 kann der neue Kläger dem alten beitreten, ohne daß es der Einwilligung eines der Beteiligten bedarf. Das liegt daran, daß es sich dort nur um einen Anspruch handelt. Jeder Gläubiger klagt das gleiche, nämlich das ihm überwiesene Recht des Schuldners gegen den Drittschuldner ein. Es geht also mit allen Klägern um die eine Frage, ob der Schuldner gegen den Drittschuldner einen bestimmten Anspruch hat. In diesem Fall ist es zweckmäßig, daß jeder Gläubiger, der die Forderung gepfändet hat, dem bereits laufenden Verfahren beitreten kann, ohne daß er die anderen Beteiligten vorher hören muß. Der Beklagte erleidet hierdurch keinen Nachteil. Gleich wieviele Gläubiger dem Verfahren beitreten, es geht immer nur um die Frage, ob der Drittschuldner (Beklagte) dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist. Durch den Beitritt verschlechtert sich die Situation des Drittschuldners nicht, denn sein Risiko beschränkt sich nach wie vor darauf, daß er den Anspruch des Schuldners erfüllen muß.

Der alte Kläger wird nicht um sein Einverständnis gefragt, weil auch ihm kein Nachteil durch den Beitritt droht. Zwar geht das Gesetz grundsätzlich davon aus, daß es jedem Kläger freisteht, ob er allein oder mit anderen klagen will. In § 856 hat der Gesetzgeber dem Dritten das Eintrittsrecht aus Gründen der Prozeßökonomie gegeben. Wenn schon mehrere Gläubiger denselben Anspruch, den der Schuldner gegen den Drittschuldner, gepfändet haben, so soll über die Begründetheit der Forderung in einem Verfahren mit allen Gläubigern entschieden

werden.⁴⁴ Aus diesem Grunde ist ein Urteil, das über den Anspruch ergeht, für sämtliche Gläubiger, auch die, welche sich nicht beteiligt haben, wirksam (§ 856 Abs. 4).⁴⁵ All das trifft auf den gewillkürten Parteibeitritt nicht zu.

Eine Analogie zu § 264 wäre ebenfalls nicht vorteilhaft. Diese Bestimmung beschäftigt sich nur mit den bereits am Verfahren beteiligten Personen. Danach müßte der alte Kläger den Vorgang einleiten und der Beklagte zustimmen. Die Rolle des neuen Klägers bliebe unbestimmt. Gerade er muß aber die Parteiänderung einleiten, während der alte Kläger nur eine untergeordnete Rolle spielt. Darüberhinaus ist die Einwilligung des Beklagten regelmäßig nicht notwendig. Auch das würde durch eine Anwendung des § 264 umgekehrt.

In der Praxis, die den Klägerbeitritt als Klageänderung behandelt, hat es, soweit ersichtlich, bisher noch keine Schwierigkeiten hinsichtlich der notwendigen Zustimmungen gegeben. Die Rechtsprechung ist allgemein davon ausgegangen, daß der neue Kläger seinen Beitritt herbeiführen muß.⁴⁶ Ein Fall, in dem der alte Kläger dem widersprochen hat, ist bisher nicht veröffentlicht worden. Die - bei einer direkten Anwendung des § 264 - erforderliche Einwilligung des Beklagten wirkte sich nicht hemmend aus, weil sie bei einer Verweigerung durch das Gericht ersetzt werden konnte.

Einwandfreie Ergebnisse sind demnach für den Klägerbeitritt mittels einer Analogie zu den §§ 264, 265 oder 856 nicht zu erreichen. Eine gesetzliche

44.) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁸ § 856 I; Baumbach-Lauterbach § 856, 2

45.) Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁸ § 856 IV; Baumbach-Lauterbach § 856, 4 B; Blomeyer § 92 I 2 a (S. 481)

46.) Vgl. u. a. RGZ 58, 248; KG OLG 5, 25; OLG Königsberg OLG 11, 74

Regelung erscheint daher auch hier erstrebenswert.

Der Vorschlag der Kommission zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit ist in diesem Punkt sehr knapp. Lediglich in § 271 Abs.3 des Entwurfes ist erwähnt, daß ein weiterer Kläger dem Rechtsstreit beitreten darf, wenn die Streitgenossenschaft zulässig ist. Voraussetzung eines Parteibeitritts ist demnach zunächst, daß zwischen den Ansprüchen der beiden Kläger ein Verhältnis nach den §§ 59ff besteht.

Durch eine solche Bestimmung wird erreicht, daß es nur dann zu einer Parteiänderung kommt, wenn die gemeinsame Verhandlung mit den Klägern einen Vorteil bietet. Wie schon oben dargelegt, überläßt das Gesetz in seiner heutigen Fassung den Parteien die Entscheidung darüber, ob sie zusammen klagen wollen. Das Gericht spricht lediglich eine Trennung der Prozesse aus, falls die Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft nicht vorliegen. Es ist Sache des Gesetzgebers, diese Frage für den Parteibeitritt eventuell anders zu entscheiden. Die in dem Entwurf vorgesehene Lösung bietet den Vorteil, daß ein Beitritt nur dann erfolgt, wenn die gemeinsame Verhandlung der beiden Ansprüche tatsächlich nützlich ist. Andererseits schließt sie den Nachteil ein, daß der Antrag des neuen Klägers, seinerseits gegen den Beklagten einen Rechtsstreit zu beginnen, von einer Einwilligung des Gerichts abhängig gemacht wird. Sind nach Ansicht des Gerichts die Voraussetzungen der §§ 59 ff nicht gegeben, so kommt es nicht zur Rechtshängigkeit des Anspruches. Das ist aber nicht im Sinne der Parteien. Der neue Kläger zeigt durch seinen Beitritt, daß er seine Rechte nunmehr gerichtlich verfolgen will (im Gegensatz zum Parteiwechsel, wo er nur eintreten will, falls der andere Kläger ausscheidet). In unserem Beispielsfall will die Tochter ihren Anspruch aus der Auflösung ihres Verlöbnisses unabhängig von dem Verhalten ihres Vaters anhängig machen. Sie wählt

den Beitritt nur deshalb, weil sie glaubt, in dem gemeinsamen Verfahren schneller zu ihrem Ziel zu kommen. Aus diesem Grunde erscheint es besser, die Klage nicht zu verbieten, sondern nur die unzulässige gemeinsame Verhandlung in den entsprechenden Fällen zu verhindern. Das gilt vor allem deshalb, weil auch eine anfängliche unzulässige Klageverbindung nur zu einer Trennung der Verfahren führt.⁴⁷ Da die Situation insoweit beim Parteibeitritt völlig gleich liegt, ist es nicht notwendig, strengere Anforderungen zu stellen.

Der Klägerbeitritt wird auch nach der in dem Entwurf vorgesehenen Lösung durch eine Handlung des Klägers eingeleitet. Die Stellung der übrigen Beteiligten ist dagegen nicht behandelt. Eine Ergänzung der Vorschriften hinsichtlich der Rolle des alten Klägers und des Beklagten ist daher notwendig. Es empfiehlt sich, eine Bestimmung dahingehend aufzunehmen, daß auch der alte Kläger zustimmen muß, und wann seine Einwilligung durch das Gericht für unbehrlich erklärt werden kann. Sollte man dagegen auf die Mitwirkung des alten Klägers ganz verzichten wollen, so wäre ein entsprechender Hinweis geboten.

Über die Rechte des Beklagten gibt nur die Begründung des Entwurfs⁴⁸ Auskunft. Soweit die Parteiänderung mit einer Klageänderung verbunden ist, sollen die Voraussetzungen des § 264 gesondert geprüft werden. Das führt zu den auch hier vorgeschlagenen Ergebnissen: Liegt eine Klageänderung vor, so wird der Beklagte gefragt, sonst nicht. Schwierigkeiten bereitet dieser Vorschlag (abgesehen von dem oben schon behandelten Mangel, daß die Klageänderung in kein Verhältnis zu dem Parteibeitritt gesetzt wird) dadurch, daß die Regelung nicht in das Gesetz aufgenommen werden soll. Nachdem der Parteibeitritt

47.) Allg.M.vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ Vor § 59 III 3 ; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 94 II 2 (S.464)

48.) S.87

seit fast neun Jahrzehnten als Klageänderung behandelt wird, dürfte wenigstens ein Hinweis im Gesetz notwendig sein, wenn man ihn jetzt als Parteibeitritt, eventuell verbunden mit einer Klageänderung, verstehen will, und die Einwilligung des Beklagten davon abhängig machen will. In der Frage der Mitwirkung der einzelnen Beteiligten beim Klägerbeitritt bedarf die heutige Fassung des Entwurfs daher einiger Ergänzungen.

§ 24 DIE FORM DES KLÄGERBEITRITTS

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Hinsichtlich der Form der einzelnen Erklärungen kann weitgehend auf die Regelung beim Klägerwechsel zurückgegriffen werden. Insoweit ist die Lage in beiden Fällen sehr ähnlich.

Der neue Kläger möchte durch seinen Beitritt einen Anspruch anhängig machen. Dieser Vorgang ist im wesentlichen einer Klageerhebung gleichzuachten. Man trägt daher den Interessen der Beteiligten voll Rechnung, wenn man die Form der Klageerhebung, nämlich die Zustellung eines Schriftsatzes, ausreichen läßt. Darüberhinaus wird man als zweiten Weg eine Erklärung in der mündlichen Verhandlung zulassen können.⁴⁹

Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage lediglich einmal, nämlich im Fall der Mietherabsetzungsklage der Eheleute,⁵⁰ beschäftigt. Das Gericht kam damals zu dem Ergebnis, daß der Beitritt eines weiteren Klägers nur durch die Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen könne, da eine mündliche Klageerhebung nicht möglich sei. Diese Ansicht erscheint jedoch zu eng. Gerade der vorliegende Fall zeigt, daß hier die strenge Form der Zustellung eines Schriftsatzes nicht notwendig ist. Der Beklagte war von Anfang an an dem Verfahren beteiligt, in dem es auch nach dem Beitritt der Ehefrau ausschließlich um die Herabsetzung der Miete ging.

49.) Ebenso Rosenberg ZZP 70, 5; für den Klägerwechsel auch de Boor S. 94; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 3; Franz S. 84; a. A. (nur Zustellung eines Schriftsatzes möglich) Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a; Bernhardt S. 210; KG OLG 5, 25

50.) KG OLG 5, 25

Bei dieser Sachlage erscheint es sehr formalistisch, dem Beklagten nun nochmals einen Schriftsatz zuzustellen und ihm eine neue Einlassungsfrist zu gewähren. Im übrigen kann in diesem Zusammenhang auf die §§ 280, 281 verwiesen werden, aus denen sich ergibt, daß ein Anspruch nicht nur durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern auch in der mündlichen Verhandlung anhängig gemacht werden kann. Weder der Beklagte noch der alte Kläger erleiden hierdurch nennenswerte Nachteile.

Auf die Wahrung der normalen Form der Klageerhebung kann beim Klägerbeitritt ganz allgemein verzichtet werden, da die bisherigen Parteien an dem Verfahren beteiligt bleiben. Soll es zu einer gemeinsamen Verhandlung kommen, so müssen die Ansprüche der beiden Kläger in einem engen Verhältnis (§§ 59ff) zueinander stehen. Die Parteien, vor allem der Beklagte, kennen den wesentlichen Streitstoff daher schon, so daß es nicht notwendig ist, ihnen durch die besondere Form der Klageerhebung (Einlassungsfrist) nochmals die Möglichkeit der Vorbereitung des Verfahrens zu geben. Durch den mündlich erklärten Beitritt wird das Verfahren andererseits beschleunigt.

Die Einwilligung des alten Klägers in die Begründung der Streitgenossenschaft ist formlos möglich, denn auch das Einverständnis der Parteien zu einer gemeinsamen Klage bedarf keiner besonderen Form. Sie gilt als erteilt, wenn der alte Kläger ohne Rüge mit dem Beklagten und dem Beigetretenen weiter verhandelt (§ 295).

Für die Mitwirkung des Beklagten gilt: Ist in dem Klägerbeitritt die Änderung des Anspruches des alten Klägers enthalten, so gelten für diesen Teil des Vorgangs die allgemeinen Regeln. D.h., der alte Kläger stellt einen Schriftsatz zu oder gibt eine Erklärung in der mündlichen Verhandlung ab (§§ 264, 281). Der Beklagte teilt seine Einwilligung in der mündlichen Verhandlung mit, bzw. sie wird vermutet, wenn er sich rügelos auf die weitere Verhandlung

einläßt.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Die für den Klägerbeitritt aufgestellten Formerfordernisse entsprechen weitgehend denen des Klägerwechsels. Eine Anlehnung an die §§ 264ff ist daher aus den gleichen Gründen wie beim Wechsel vertretbar.

Bei einer Analogie zu § 265 käme nur ein Parteibeitritt in der mündlichen Verhandlung in Betracht. Das entspricht jedoch nicht den Notwendigkeiten beim Klägerbeitritt.

Ein Klägerbeitritt nach § 856 geschieht durch Zustellung eines Schriftsatzes oder Erklärung in der mündlichen Verhandlung.⁵¹ Eine analoge Anwendung dieser Norm würde dem Vorgang daher gerecht.

Der Vorschlag der Kommission zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit entspricht insoweit der hier für erforderlich gehaltenen Regelung.⁵²

51.) Str. ebenso Baumbach-Lauterbach § 856 2; Zöllner § 856 1; nur für die Zustellung eines Schriftsatzes Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁸ § 856 I; Wieczorek § 856 A II a; nur für mündliche Erklärung Rosenberg § 41 II 1 (S.172)

52.) Vgl. Entwurf § 272 (S.12) und Begründung S.88

§ 25 STREITIGKEITEN ÜBER DEN EINTRITT DES
KLÄGERBEITRITTS

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage geboten?

Zwischen den drei am Klägerbeitritt beteiligten Personen kann ein Streit darüber entstehen, ob der Vorgang wirksam zustandegekommen ist. Diese Frage ist in der Rechtsprechung bisher lediglich in dem Fall des Beitritts der Tochter in den Rechtsstreit des Vaters wegen des Schadensersatzes auf Grund der Auflösung der Verlobung behandelt worden.⁵³ Dort ließ das Gericht den Beitritt der Tochter gegen den Widerstand des Beklagten zu. Das dagegen eingelegte Rechtsmittel des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Es fragt sich, ob man den Parteien in einem solchen Fall die Möglichkeit geben muß, in einem Zwischenstreit zu Dritt, ähnlich wie beim Parteiwechsel, ein rechtsmittelfähiges Urteil darüber zu erstreiten, ob der neue Kläger beitreten darf.

Auch hier kann man nicht ohne weiteres den für den Parteiwechsel vorgeschlagenen Zwischenstreit zu Dritt übernehmen. Es ist vielmehr zu prüfen, ob der Parteibeitritt ein solches Institut erfordert. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Wechsel und Beitritt besteht darin, daß die alte Partei beim Parteiwechsel aus dem Rechtsstreit ausscheidet, das Prozeßrechtsverhältnis mit ihr also endet, und sie keine Entscheidung über ihren Anspruch bekommt. Beim Parteibeitritt bleibt dagegen die alte Partei am Verfahren beteiligt und erhält auch ein Urteil. Das ist sehr wesentlich, denn wird einer Partei, gegen die ein Verfahren begonnen hat, später der Rechtsschutz verweigert, so ist das für sie schwer-

53.) RGZ 58, 248

wiegender, als wenn ihr zwar Rechtsschutz gewährt wird, jedoch in einem gemeinschaftlichen Verfahren mit einem Dritten oder in einer etwas modifizierten Form. Das zeigt auch ein Blick auf den obigen Beispielsfall. Hier erhält der Beklagte nach dem Beitritt der Tochter in unveränderter Form eine Entscheidung über die Ansprüche des Vaters.

Beim Klägerbeitritt ist es möglich, daß sich der alte Kläger und der Beklagte gegen den Eintritt des neuen Klägers wehren. Für die Frage, ob man ihnen ein Widerspruchsrecht zugestehen muß, sind die Gründe entscheidend, die sie veranlassen, sich gegen die Parteiänderung zu wenden. Diese müßten einen Zwischenstreit rechtfertigen.

In diesem Zusammenhang kommt es darauf an, warum die Einwilligung der einzelnen Beteiligten zum Klägerbeitritt erforderlich ist.

Der alte Kläger muß zustimmen, weil mit ihm eine Streitgenossenschaft begründet werden soll und er auch bei einer anfänglichen Streitgenossenschaft ein Recht hat zu bestimmen, ob er mit dem anderen Kläger gemeinsam prozessieren will. Seine Zustimmung kann jedoch, falls er sie verweigert, nach § 147 durch einen Verbindungsbeschluß des Gerichts ersetzt werden. Gegen eine solche Entscheidung kann sich der Kläger nicht wenden. Die Verbindung von Prozessen durch das Gericht ist nämlich unanfechtbar.⁵⁴ Es ist kein Grund ersichtlich, warum das nicht auch beim Parteibeitritt so gehandhabt werden soll, denn dort wird die Zustimmung des alten Klägers aus den gleichen Gründen übergangen. Es bleibt daher festzustellen, daß der alte Kläger sich nicht gegen den Beitritt wehren kann.

54.) Ein Angriff ist lediglich nach den §§ 512, 548 im Rahmen des Berufungs- oder Revisionsverfahrens möglich. Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 147 II mit § 145 III 2 und 3; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 58 II 3 a b (S. 267); Baumbach-Lauterbach § 147 2 A mit § 150

Der Beklagte wird beim Klägerbeitritt nur dann gefragt, wenn ihm gegenüber eine Änderung des Anspruches vorgenommen wird. In den übrigen Fällen, in denen seine Mitwirkung nicht erforderlich ist, wird man ihm von vorneherein kein Recht geben können, gegen den Vorgang Einspruch zu erheben. Ist seine Zustimmung notwendig, so nur deshalb, weil sich der gegen ihn erhobene Anspruch verändert hat. Andere Interessen des Beklagten werden, wie schon oben dargelegt, nicht berührt. Der Vorgang stellt sich für den Beklagten also praktisch als Klageänderung dar. Man wird daher für die Frage, ob ihm ein Rechtsmittel gegen die gerichtliche Zulassung des Klägerbeitritts zustehen muß, die §§ 264ff heranziehen können. Aus ihnen (§ 270) ergibt sich, daß der Beklagte gegen eine Entscheidung, die die Klageänderung zuläßt, nichts tun kann. Das muß daher auch für den Klägerbeitritt gelten.

In unserem Beispielsfall macht der Vater auch nach dem Beitritt seiner Tochter denselben Anspruch geltend. Es wäre daher nicht notwendig gewesen, den Beklagten um sein Einverständnis hinsichtlich des Parteibeitritts zu fragen. Da das Gericht jedoch davon ausging, der Klägerbeitritt sei eine Klageänderung, wies es den Widerspruch des Beklagten gemäß § 270 als unzulässig zurück. Das Ergebnis stimmt mit unserem überein. Allerdings ist die Begründung unrichtig, denn eine Klageänderung liegt nicht vor. Der Vater machte vielmehr einen unveränderten, die Tochter dagegen einen selbständigen Anspruch geltend.

Es ergibt sich demnach: Keinem der Beteiligten muß die Befugnis eingeräumt werden, sich gegen den Klägerbeitritt zu wenden.^{54a} Die komplizierte Konstruktion eines Rechtsstreites zu Dritt und eine Vorabentscheidung über die Gültigkeit einer Parteiänderung sind hier überflüssig. Der Beklagte erhält nämlich (im Gegensatz zum Klägerwechsel) gegenüber beiden Klägern Rechtsschutz. Der alte 54a.) Gegen jede Anfechtung auch RGZ 58, 250

Kläger wird in seinen Rechten kaum berührt. Sollte das Gericht einmal die Verbindung zweier Klagen gestattet haben, die nichts miteinander zu tun haben, so beschränkt sich der Nachteil des alten Klägers auf die unerwünschte gemeinsame Verhandlung. Insoweit ist er jedoch nach dem Gesetz nicht schutzwürdig.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Die erforderlichen Ergebnisse lassen sich sowohl durch eine Analogie zu § 265 als auch zu § 856 erzielen. In beiden Fällen kommt ein Zwischenstreit über die Zulässigkeit einer Parteiänderung nicht vor. Allerdings beruht dies auf der besonderen materiellrechtlichen Lage dieser Fälle, die hier nicht gegeben ist. Für § 265 ist das schon beim Parteiwechsel dargelegt worden.⁵⁵ Im Falle des § 856 ergibt sich kein Streit über den Parteibeitritt, weil das Gesetz bestimmt, daß mehrere Gläubiger denselben Anspruch in einem Verfahren geltend machen müssen (§ 856 Abs. 2-4).⁵⁶ Ihnen bleibt keine andere Wahl, als sich dem Verfahren anzuschließen, da für eine selbständige Klage das Rechtsschutzbedürfnis fehlen würde. Aus diesem Grunde darf ihnen auch niemand den Eintritt verwehren.

Eine Analogie zu § 264 wäre möglich, da über § 270 ein Streit über die Zulassung der Klageänderung praktisch ausgeschlossen wird. - In der Praxis haben die Gerichte den Widerspruch des Beklagten gegen die Durchführung des Parteibeitritts nach § 270 zurückgewiesen.⁵⁷ Ein Fall, in dem der alte Kläger der Parteiänderung widersprochen hat, ist bisher nicht veröffentlicht worden.

Der Entwurf äußert sich zu dieser Frage nicht. Eine Regelung ist aber auch nicht notwendig, da sich die Folgerungen aus den allgemeinen Bestimmungen ergeben.

55.) Vgl. S. 83/84

56.) Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁸ § 856 I; Baumbach-Lauterbach § 856 2

§ 26 DIE PROZESSUALEN WIRKUNGEN DES

KLÄGERBEITRITTS

Der Klägerbeitritt stellt die nachträgliche Begründung einer Streitgenossenschaft dar. Eine solche nachträgliche Streitgenossenschaft ist aber nur dann zulässig, wenn auch eine ursprüngliche zwischen den beiden Klägern möglich gewesen wäre.⁵⁸ Es ist daher zunächst immer zu prüfen, ob die Voraussetzungen der §§ 59ff vorliegen. Wie schon oben dargelegt, sind diese Bestimmungen aber nur insoweit zu berücksichtigen, als sich aus ihnen ergibt, ob eine gemeinsame Verhandlung stattfinden darf. Liegen die Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft nicht vor, so ist nicht etwa der Klägerbeitritt, sondern nur die Verbindung der beiden Klagen unzulässig.⁵⁹

Eine Trennung der Prozesse ist allerdings erst möglich, wenn das Prozeßrechtsverhältnis auf den neuen Kläger erstreckt worden ist. Nur dann ist der Anspruch des neuen Klägers gegen den Beklagten anhängig geworden, und damit eine Trennung der Verfahren denkbar. Ist dagegen der Klägerbeitritt am berechtigten Widerspruch des Beklagten gescheitert, so kommt auch eine Trennung der Verfahren durch das Gericht nicht in Betracht. Da der Klägerbeitritt ein einheitlicher Vorgang ist, der nur ganz gültig

57.) Vgl. OLG Königsberg OLG 11, 74; OLG Nürnberg BayJuMinBl. 1953, 223; BGH NJW 1962, 633 (zum Beklagtenbeitritt)

58.) Allg.M.vgl.u.a. Kisch S.507; Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ Vor § 59 III 3 und § 268 II 3 a; Blomeyer § 115 IV 2 a (S.639); OLG München MDR 1958, 849

59.) Vgl. oben S.179ff; a.A. Holzhammer S.23; Bernhardt S.210; Wieczorek § 264 E III b 1; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4

oder ungültig sein kann, ist eine Verselbständigung der einzelnen Klagen erst dann möglich, wenn sie wirksam anhängig geworden sind. Würde man die Klage der neuen Partei dagegen in jedem Fall als selbständig auffassen, so wäre es möglich, gleich ob das Gericht die Ansprüche gemeinschaftlich verhandeln oder trennen würde, daß für den neuen Kläger gegenüber dem Beklagten eine Klage anhängig würde, die er nicht wünscht. Sind die Kläger nämlich notwendige Streitgenossen, so kann der neue nur an einer gemeinschaftlichen Verhandlung mit dem alten Kläger über einen einheitlichen Antrag interessiert sein. Zwar wird das Gericht hier niemals auf den Gedanken kommen, die Klagen zu trennen. Diese Falllage zeigt jedoch, daß eine Trennung immer nur dann möglich ist, wenn zuvor ein Beitritt stattgefunden hat. Darüberhinaus beweist sie, daß der neue Kläger beim Parteibeitritt nicht etwa eine selbständige Klage erheben will. Betrachtet man nämlich die beiden Klagen von Anfang an als selbständig, so würde das bedeuten, daß ein Mangel der Aktivlegitimation gar nicht zu beseitigen wäre, denn der alte und der neue Kläger hätten je eine selbständige Klage gegen den Beklagten laufen. Beide wären aber abzuweisen, da die Kläger nur mit einer gemeinschaftlichen Klage durchdringen können.

Außerdem sind in Bezug auf den neuen Kläger die Prozeßvoraussetzungen zu prüfen, denn sie müssen in jeder Lage des Verfahrens vorhanden sein.⁶⁰ Der neue Kläger muß parteifähig, prozeßfähig und erforderlichenfalls auch ordnungsgemäß vertreten sein, um überhaupt eine Eintrittserklärung abgeben zu können. Darüberhinaus müssen auch alle sonstigen Prozeßvoraussetzungen vorliegen. Hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts werden sich wahrscheinlich keine Schwierigkeiten ergeben, da sie sich im wesentlichen nach dem Beklagten richtet, der schon

60.) So auch Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a und II 2 j bb; Rosenberg ZZP 70,5; vgl. auch zu der entsprechenden Frage beim Klägerwechsel S.86 Anm.109

an dem Verfahren beteiligt ist. Im übrigen wirkt sich auch die Tatsache, daß die Ansprüche der beiden Kläger in einem bestimmten Zusammenhang stehen müssen (§§ 59ff), dahin aus, daß die Zuständigkeit gleichbleibt. Es kann dem Beklagten aber nicht verwehrt sein, sich auf die Unzuständigkeit des Gerichts oder eine mit dem neuen Kläger vereinbarte Zuständigkeit zu berufen. Tut er das, so wird damit nicht die ganze Parteiänderung ungültig, sondern es ist nur die Folgerung aus der Unzuständigkeit des Gerichts zu ziehen, d.h., auf Antrag des neuen Klägers sind die Verfahren zu trennen und an das zuständige Gericht zu verweisen.⁶¹ Wird kein entsprechender Antrag gestellt, so ist die Klage allerdings abzuweisen (§§ 274, 276).

Ebenso kann sich der Beklagte dem neuen Kläger gegenüber auf eine mit ihm geschlossene Schiedsgerichtsvereinbarung sowie auf eine Kosteneinrede (§ 271 Abs. 4) berufen.⁶²

Der neue Kläger muß, wenn er von demselben Anwalt wie der alte vertreten sein will, diesen erst beauftragen. Von sich aus ist der Prozeßbevollmächtigte des alten Klägers nie berechtigt, den neuen zu vertreten. Das gilt auch dann, wenn beide Kläger identisch sind, und nur ein neues Streitvermögen in das Verfahren eingeführt werden soll.⁶³

All diese Folgerungen ergeben sich unmittelbar aus der Anwendung der allgemeinen Vorschriften der Zivilprozeßordnung. Eine Sonderregelung ist daher für den Parteibeitritt nicht notwendig.

61.) Allg.M. für den Fall der ursprünglichen gemeinsamen Klage, vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ Vor § 59 III 3 und 4; Baumbach-Lauterbach Übers. vor § 59 3

62.) Vgl. zu der entsprechenden Frage beim Klägerwechsel S.87 Anm.112

63.) Vgl. zu der entsprechenden Frage beim Klägerwechsel S.87 Anm.114

§ 27 DIE MATERIELLRECHTLICHEN WIRKUNGEN DES
KLÄGERBEITRITTS

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Hinsichtlich des Eintritts der materiellrechtlichen Folgen ist beim Klägerbeitritt zwischen dem bereits anhängigen Anspruch und dem nunmehr von dem neuen Kläger geltend gemachten Recht zu unterscheiden.

Soweit zwischen den bisherigen Parteien Rechte streitig sind, ist die Frage unproblematisch. Es ist hierfür jeweils der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgeblich. In dem schon häufiger herangezogenen Fall der Klage des Vaters auf Zahlung eines Schadensersatzes wegen der Auflösung der Verlobung seiner Tochter ist für die Rechte des Vaters gemäß den allgemeinen Bestimmungen der Termin seiner Klageerhebung entscheidend.

Schwierigkeiten können sich nur in Bezug auf die Frage ergeben, ob der Anspruch der Tochter (also des jeweiligen neuen Klägers) gleichfalls mit Beginn des Verfahrens durch den Vater (also den alten Kläger) anhängig geworden ist, oder ob hierfür ein späterer Zeitpunkt, insbesondere der ihres Eintritts, maßgeblich ist.

Insoweit gilt im wesentlichen das zum Klägerwechsel Ausgeführte entsprechend, da die Fälle sehr ähnlich liegen. Beide Male möchte eine neue Partei, die bisher nicht am Verfahren beteiligt war, nun erstmalig ihren Anspruch geltend machen. Bei einer solchen Lage kann man den Anspruch des neuen Klägers nur als im Laufe des Verfahrens anhängig geworden ansehen. Es wäre nicht zu rechtfertigen, daß der Beklagte z.B. von einem Zeitpunkt an Prozeßzinsen zahlen soll, in dem er von der Klage der neuen Partei noch nichts wissen konnte und folg-

lich auch nicht durch entsprechende Gegenmaßnahmen (z.B. Zahlung oder Aufrechnung) die Entrichtung von Zinsen vermeiden konnte. Gleiches gilt, wenn man es dem neuen Kläger ermöglichen würde, durch Rückdatierung der Klageerhebung einen eventuell inzwischen verjährten Anspruch noch erfolgreich geltend zu machen. Der neuen Partei würde ein völlig unberechtigter Vorteil zugebilligt, wollte man ihr durch Beitritt in ein schwebendes Verfahren die Möglichkeit geben, die Rechtshängigkeit auf einen Zeitpunkt vorzuverlegen, den sie mit einer selbständigen Klage nicht mehr erreichen könnte. Die materiellen Folgen der Rechtshängigkeit bestimmen sich daher für die neue Partei erst von dem Zeitpunkt an, in dem sie in das Verfahren eingetreten ist (§ 281).⁶⁴

Hieraus ergibt sich folgende Konsequenz: Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit ist für den Anspruch eines jeden Klägers selbständig zu beurteilen. Der der alten Partei wird mit deren Klageerhebung, der der neuen mit ihrem Beitritt erhoben. Es ist daher durchaus möglich, daß die Klage der neuen Partei wegen Verjährung ihrer Rechte abgewiesen werden muß, während die der alten noch rechtzeitig erhoben war und daher Erfolg hat.

Eine Besonderheit gilt, wenn die beiden Kläger notwendige Streitgenossen sind, und das Rechtsverhältnis daher für beide nur gemeinschaftlich festgestellt werden kann. So lag es etwa in dem schon häufiger herangezogenen Fall der Mietherabsetzungsklage der Eheleute. In diesem Fall tritt die Rechts-

64.) So auch Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4 a; Bernhardt S. 210; Blomeyer § 115 IV 2 a bzw. § 115 IV 1 a; ferner de Boor S. 125 und Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S. 174) sowie ZZP 70, 4ff, die Parteiwechsel und Parteibeitritt gleichbehandeln. A.A. nur Schönke-Schröder-Niese S. 146 und Rosenberg, Lehrbuch bis zur 7. Aufl. § 41 II 2 (S. 169); vgl. auch zu der entsprechenden Frage beim Klägerwechsel S. 89ff

hängigkeit erst dann ein, wenn der neue Kläger beigetreten ist. Das gilt, weil die Kläger nur gemeinschaftlich über den Anspruch verfügen können, und für sie nur ein einheitliches Urteil ergehen kann. Die Folgen der Rechtshängigkeit entstehen daher für beide erst mit dem Beitritt des neuen Klägers, denn nur von diesem Termin an ist die Klage hinsichtlich des ganzen Anspruches ordnungsgemäß erhoben. Waren die Rechte der Beteiligten bei der Klageerhebung durch die alte Partei noch nicht, jedoch beim Beitritt der neuen bereits verjährt, so greift die Einrede in vollem Umfang durch.

Entscheidend für den Eintritt der materiellen Folgen der Rechtshängigkeit ist nur der Tag der Beitrittserklärung der neuen Partei, nicht dagegen die Einwilligung der übrigen Beteiligten. Wurde die Erklärung in der mündlichen Verhandlung abgegeben, so entscheidet der Verhandlungstag, bei Mitteilung durch einen Schriftsatz ist der Tag der Zustellung maßgeblich (§ 281). Das ist genau wie beim Klägerwechsel darauf zurückzuführen, daß nur eine Handlung des Klägers die Rechtshängigkeit seines Anspruches begründen kann. Das Verhalten des Beklagten oder des alten Klägers ist hierfür unwesentlich. Es darf ihnen wie bei jeder selbständigen Klageerhebung einer Partei nicht gestattet sein, die Rechtshängigkeit des Anspruches eines Dritten hinauszuzögern.

Scheitert der Beitritt des neuen Klägers, so ist sein Anspruch niemals anhängig geworden. Werden die Verfahren dagegen später getrennt, so ist für die Rechtshängigkeit immer noch der Termin des Beitritts maßgebend.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Insoweit würde eine Analogie zu den §§ 265 oder 856 wieder zu völlig unbrauchbaren Ergebnissen führen. Nach beiden Vorschriften treten die materiellrechtlichen Wirkungen der Klageerhebung für

alle Beteiligten bereits mit der Klage der ersten Partei ein.⁶⁵ Das liegt daran, daß ein Urteil nach § 265 auch für den Rechtsnachfolger verbindlich ist (§ 325), und eine Entscheidung nach § 856 jedenfalls für alle Gläubiger wirkt (§ 856 Abs.4).

Zu besseren Ergebnissen führt eine Anlehnung an die Klageänderungsvorschriften. Im Rahmen dieser Bestimmungen ist § 281 heranzuziehen, aus dem sich die gewünschte Regelung ergibt.

In dem Entwurf ist die Frage für den Parteiwechsel und den Parteibeitritt einheitlich in § 273⁶⁶ geregelt. Diese Bestimmung entspricht der hier vorgeschlagenen Lösung. Die Frage, wann die materiellen Folgen der Rechtshängigkeit eintreten, wenn die Parteien notwendige Streitgenossen sind, ist dort nicht behandelt. Eine Norm dürfte sich jedoch für diese Frage erübrigen, da sich die notwendige Regelung aus § 273 des Entwurfes in Verbindung mit den geltenden Bestimmungen über die Streitgenossenschaft herleiten läßt.

65.) Für §. 265 ergibt sich das unmittelbar aus dem Gesetz. Im Falle des § 856 machen alle Gläubiger den Anspruch des Schuldners gegen den Drittschuldner geltend. Vgl. Rosenberg, Lehrbuch⁹ §. 41 II 1 (S. 172)

66.) Entwurf S. 12; Begründung S. 88/89

§ 28 DIE VERWERTBARKEIT DER BISHERIGEN

VERFAHRENSERGEBNISSE

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Hinsichtlich der Verwertung der bisherigen Verfahrensergebnisse für den weiteren Rechtsstreit, bzw. der Bindung der Parteien an die bestehende Prozeßlage ist zwischen den bisherigen Beteiligten und dem neuen Kläger zu unterscheiden.

Der alte Kläger ist gegenüber dem Beklagten und umgekehrt der Beklagte dem alten Kläger gegenüber an den Stand des bisherigen Verfahrens gebunden.⁶⁷ Diese beiden Beteiligten haben die fraglichen Ergebnisse selbst erstritten. Im allgemeinen bleibt auch der geltend gemachte Anspruch zwischen ihnen derselbe. Es ist daher richtig, sie an ihr eigenes Verhalten zu binden. Tritt die Tochter nachträglich in den Rechtsstreit ihres Vaters ein, in dem dieser seinen (vermeintlichen) Anspruch aus der Auflösung der Verlobung geltend macht, und verfolgt der Vater auch nach dem Beitritt denselben Anspruch, so ist kein Grund ersichtlich, warum er und der Beklagte nicht an ihre bisherige Prozeßführung gebunden sein sollen. Aber auch wenn der Kläger nach dem Beitritt des Streitgenossen seinen Anspruch ändert, wie z.B. in dem Fall der Mietherabsetzungsklage, gilt nichts anderes. Im typischen Fall der Anspruchsänderung, nämlich bei der Klageänderung, werden die bisherigen Verhandlungsergebnisse ebenfalls weiterverwendet. Insoweit liegt der Fall anders als beim Parteiwechsel.

Schwierigkeiten bereitet lediglich die Frage, wie weit der neue Kläger bzw. die bisherigen Parteien dem neuen Kläger gegenüber an die bisherigen Prozeßergebnisse gebunden sind, bzw. wie weit sie

67.) So auch Blomeyer § 115 IV 1 a, 2 a und 3

auch in diesem Verhältnis verwendbar sind. Hierbei handelt es sich im Grunde um die gleiche Frage wie beim Parteiwechsel.

Beim Klägerbeitritt ist davon auszugehen, daß der neue Kläger in das bestehende Prozeßrechtsverhältnis eintreten will. Er möchte demnach den Rechtsstreit mit den alten Parteien fortführen und so hinsichtlich seines Anspruches schneller Rechtsschutz erhalten. Es ist der Wunsch der neuen Partei, wie beim Klägerwechsel, bei dem eine Nachfolge in das bestehende Prozeßrechtsverhältnis erfolgt, das bisher in dem Verfahren Geschehene für sich zu verwenden. Der hauptsächliche Wert jeder Parteiänderung liegt darin, daß der eintretenden Partei hierdurch die Möglichkeit einer vereinfachten Rechtsverfolgung gegeben wird. Wäre eine Verwendung der bisherigen Verfahrensergebnisse beim Parteibeitritt nicht möglich, so wäre der ganze Vorgang wenig sinnvoll, und der neue Kläger könnte auch einen selbständigen Prozeß beginnen.⁶⁸

Wegen der Unabhängigkeit der Ansprüche der beiden Kläger wird man die neue Partei aber nicht ohne weiteres an alle bisherigen Verfahrensergebnisse binden können.⁶⁹ Es wäre nun möglich, den Prozeßstoff in solchen, an den der neue Kläger gebunden ist, und solchen, den er berichtigen kann, einzuteilen, wie das teilweise für den Klägerwechsel vorgeschlagen wird.⁷⁰ Dabei wäre aber zu beachten, daß der Klägerbeitritt sehr viel mehr verschieden gelagerte Fälle umfaßt als der Klägerwechsel. So ist

- 68.) Für eine grundsätzliche Fortgeltung de Boor S.105 und die übrigen, welche Wechsel und Beitritt gleichbehandeln wollen. Vgl. S.167 Anm. 17, 18 und insbesondere Pohle MDR 1960, 963; a.A. Kisch S.517; Blomeyer § 115 IV 1 a (S. 636) und 3 (S.639); Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4 a; Holzhammer S.29; Bernhardt S.210
- 69.) De Boor S.105ff; a.A. Pohle MDR 1960, 963
- 70.) Vgl. oben S.96ff; insbesondere de Boor S.105 ff; Henckel S.240f

z.B. dann, wenn nur beide Kläger zusammen aktivlegitimiert sind, eine weitgehendere Bindung vertretbar als das etwa angebracht wäre, wenn zwischen den beiden Klägern keine Rechtsgemeinschaft besteht, und der neue seinen Anspruch nur deshalb in dem schwebenden Verfahren geltend macht, weil er mit dem des alten Klägers in einem engen tatsächlichen Verhältnis steht auf Grund dessen die neue Partei glaubt, in dem alten Verfahren schneller zu ihrem Recht zu kommen als in einem neuen. Das veranschaulicht der schon mehrfach herangezogene Fall des Kammergerichts⁷¹ auf Herabsetzung der Miete. Der Ehefrau des Klägers wird sicherlich bei ihrem Eintritt eine stärkere Bindung zuzumuten sein, als das etwa in dem Fall des Eintritts des Bürgen in den Rechtsstreit mit dem Hauptschuldner⁷² möglich ist. Dort sind die persönlichen und vor allem sachlichen Bindungen nicht so eng. Dem Bürgen muß daher eine weitgehende Verteidigungsfreiheit zugesichert werden.

Wollte man all den verschiedenen Fallagen gerecht werden, so müßte man für jede einzelne Gruppe besondere Regeln darüber aufstellen, wie weit die Bindung gehen soll. Eine solche Lösung ist allerdings für die Praxis nicht brauchbar.

Andererseits ist der Vorschlag, die Parteien wählen zu lassen, ob sie an die bisherigen Verfahrensergebnisse gebunden sein wollen,⁷³ aus den gleichen praktischen Erwägungen wie beim Klägerwechsel, abzulehnen.

Der klarste und einfachste Weg, der auch den Interessen der Parteien am besten gerecht wird, ist m.E. die schon für den Parteiwechsel vorgeschlagene Lösung: Keine Bindung, aber Verwertbarkeit aller bisherigen Verfahrensergebnisse. Durch diese Regelung wird dem neuen Kläger der Beitritt leicht ge-

71.) KG OLG 5, 25; vgl. S. 19

72.) RG Warn. 34, 142; vgl. S. 20

73.) So Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a; vgl. zu der entsprechenden Frage beim Beklagtenwechsel S. 147

macht, da er nicht befürchten muß, in seiner Prozeßführung beeinträchtigt zu werden. Auch die bisherigen Parteien werden dann keine Bedenken haben, daß das Verfahren durch eine unerwünschte Bindung in eine falsche Richtung gelenkt werden könnte. Dem neuen Kläger eröffnet sich aber die Möglichkeit, den Rechtsstreit frei von Bindungen und Beschränkungen zu Ende zu führen und dabei durch die Verwertung der bisherigen Verhandlungsergebnisse schneller zum Ziel zu kommen.

Aus den gleichen Gründen ist der Beklagte im Verhältnis zum neuen Kläger in seiner Verteidigung frei. Die Gründe, die ihn bewogen haben können, dem alten Kläger gegenüber eine bestimmte Prozeßhandlung vorzunehmen, brauchen im Hinblick auf die neue Partei nicht vorzuliegen. Es wäre daher nicht gerechtfertigt, wollte man ihn an seine Verhandlungsführung mit dem alten Kläger auch dem neuen gegenüber binden.

Nach dem Beitritt sind die beiden Kläger in ihrer Prozeßführung unabhängig voneinander, denn auch dann, wenn das Rechtsverhältnis allen Beteiligten gegenüber nur gemeinschaftlich festgestellt werden kann, kann doch jeder Streitgenosse das Verfahren selbständig führen.⁷⁴

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Auch diese Ergebnisse lassen sich weder mit einer Analogie zu den §§ 265, 856 noch mit einer Anlehnung an § 264 erzielen. In dieser für die Parteiänderung wesentlichsten Frage versagt die Analogie zu jeder anderen Vorschrift des Gesetzes, weil ein solcher Fall im Gesetz nicht vorgesehen ist.

Sowohl bei § 265⁷⁵ als auch bei § 856⁷⁶ führt die

74.) Vgl. u. a. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 59 V 3; Baumbach-Lauterbach § 62 4 A

75.) Vgl. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 265 IV 1; Baumbach-Lauterbach § 265

besondere materiellrechtliche Lage und die damit verbundene Wirksamkeit des Urteils auch für die neue Partei zu einer Bindung der Beteiligten an die bisherigen Verfahrensergebnisse.

Bei der Klageänderung besteht die Bindung deshalb, weil die Parteien dieselben bleiben und daher nur ihre eigenen Prozeßhandlungen gegen sich gelten lassen müssen. Das kann aber beim Klägerbeitritt nur für die alten Parteien gelten. Die Lage im Verhältnis zum neuen Kläger bleibt danach zumindest unklar.

In dem Entwurf wird die Frage der Verwertung der bisherigen Verfahrensergebnisse nicht behandelt. § 274, der die Regelung für den Parteiwechsel enthält, soll nicht anwendbar sein.⁷⁷ In der Begründung heißt es, für den Umfang der Bindung der neuen Partei an das Verhalten ihres Streitgenossen seien die geltenden §§ 61 und 62 zu berücksichtigen. Das ist von dem Zeitpunkt an, in dem der neue Kläger beigetreten ist, richtig, denn damit wird eine Streitgenossenschaft begründet. Der Hinweis besagt aber nichts darüber, was mit den Ergebnissen geschehen soll, die die Parteien vor Beginn der Streitgenossenschaft erzielt haben. Gerade diese Frage ist beim Parteibeitritt wichtig. Will man eine gesetzliche Regelung des Vorgangs herbeiführen, so darf man eine solch wichtige Frage nicht offen lassen. Die Entscheidung kann m.E. nur lauten: Bindung der bisherigen Parteien an die vorhandenen Prozeßergebnisse, freie Verwertbarkeit für die neu eintretende und für den Beklagten im Verhältnis zu dieser.

76.) Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 II 1 (S.172)

77.) Vgl. Begründung S.91

§ 29 DIE VERTEILUNG DER KOSTEN DES VERFAHRENS

Hinsichtlich der Kostenfrage können der Klägerbeitritt und der Klägerwechsel ebenfalls nicht gleichbehandelt werden. Wesentlicher Grund dafür ist, daß hier keine Person aus dem Rechtsstreit entlassen wird. Es erübrigt sich daher, einem Beteiligten Sonderkosten aufzuerlegen, die durch eine falsche Richtung seiner ursprünglichen Klage entstanden sind.

1. Die Gerichtskosten

Für die Berechnung der Gerichtskosten ist maßgebend, daß der neue Kläger in den Rechtsstreit des alten eintritt und dadurch zwischen beiden eine Streitgenossenschaft entsteht. Vom Zeitpunkt des Beitritts an sind daher auch in kostenrechtlicher Hinsicht die Bestimmungen über die Streitgenossenschaft anzuwenden.⁷⁸ Das hat zunächst zur Folge, daß bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich eine Zusammenrechnung der Streitwerte der verbundenen Sachen gemäß § 5 stattfindet. Obwohl diese Vorschrift eigentlich nur die ursprüngliche Verbindung mehrerer Ansprüche in einer Klage regelt, wird man sie auch bei einem nachträglichen Eintritt eines Klägers anwenden müssen.⁷⁹ Die Lage ist hier aus kostenrechtlicher Sicht nicht anders als dort: Der Staat soll einerseits, da er eine Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten (wenn auch in einem einzigen Verfahren) zur Erledigung bringt, für die Tätigkeit seiner Organe die Gebühr beziehen, die dem in Frage stehenden Gesamtinteresse entspricht. (nicht etwa nur die Gebühr nach dem einen oder anderen gesonderten Streitwert). Ande-

78.) Vgl. Lauterbach § 104 GKG Anm. 2 A

79.) Für die nachträgliche Verbindung durch das Gericht allg. M. vgl. statt aller Baumbach-Lauterbach § 147 2 B

rerseits soll er für den geringeren Aufwand an Zeit und Mühe, den die Verbindung der beiden Ansprüche mit sich bringt, nicht doppelte Gebühren kassieren.⁸⁰ Eine Zusammenrechnung der Streitwerte kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn beide Kläger verschiedene Ansprüche geltend machen. Verfolgen sie ein und dasselbe Recht, so bleibt es bei dem einfachen Streitwert, denn dann würden die Beträge auch bei einer ursprünglichen gemeinsamen Klage nicht zusammengerechnet. Tritt also die Tochter in den Rechtsstreit des Vaters und macht ihrerseits einen völlig selbständigen Anspruch aus der Auflösung ihrer Verlobung geltend,⁸¹ so erfolgt eine Zusammenrechnung der Streitwerte. Schließt sich dagegen die Ehefrau der Klage ihres Mannes auf Herabsetzung der Miete an,⁸² so wird nur ein Anspruch geltend gemacht und es bleibt bei dem einfachen Streitwert.

Da das Verfahren vor und nach dem Beitritt eine Einheit bildet, entstehen alle Gerichtsgebühren nur einmal.⁸³ Ihre Höhe ist grundsätzlich nach dem zusammengerechneten Streitwert beider Ansprüche zu bestimmen, sofern nicht ausnahmsweise eine Zusammenrechnung unterbleibt. Eine Ausnahme gilt nur für die Beweisgebühr, falls nach dem Beitritt keine Beweisaufnahmen mehr stattgefunden haben. In diesem Fall war die Gebühr schon vor der Parteiänderung fällig. Für ihre Berechnung kann daher nur der damals geltende Streitwert entscheidend sein. Haben aber auch nach dem Beitritt noch Beweisaufnahmen stattgefunden, so ist der zusammengerechnete Streitwert zugrunde zu legen, weil mit dieser Gebühr auch Handlungen aus dem späteren Teil des Verfahrens abgegolten werden sollen. Das ergibt

80.) So schon Kisch S. 409; vgl. ferner Baumbach-Lauterbach § 5 2 A

81.) RGZ 58, 248

82.) KG OLG 5, 25

83.) Zöllner-Stephan § 264 II 3; Markl. § 31 4

sich aus § 19 GKG.

Aus den gleichen Gründen wird die Verhandlungsgebühr nach den zusammengerechneten Streitwerten bestimmt. Sie wird zwar schon mit der Stellung der Anträge durch die alten Parteien fällig, man könnte daher annehmen, der Streitgegenstand im Zeitpunkt der ursprünglichen Klageerhebung sei maßgeblich. Es ist jedoch der erhöhte Wert zugrunde zu legen, weil die Verhandlungsgebühr das ganze Verfahren abgilt. Im übrigen besagt der Termin der Fälligkeit dieser Gebühr nicht unbedingt etwas über ihre Höhe. Auch in einem normalen Verfahren kann sich die Verhandlungsgebühr ändern, z.B. wenn der Streitgegenstand infolge einer Klageerweiterung erhöht wird.

Die Gerichtskosten hat letztlich der zu tragen, dem sie durch das Urteil auferlegt wurden. Sind beide Kläger unterlegen, so treffen sie die Gebühren als Gesamtschuldner (§ 104 GKG), falls das Gericht sie nicht anders verteilt.

Ist der Beklagte voll unterlegen, so muß er die gesamten Gerichtskosten bezahlen.

Hat nur einer der Kläger obsiegt, während der andere unterlegen ist, so muß das Gericht die Kosten unter den Beklagten und den unterlegenen Kläger nach Maßgabe des § 92 verteilen.⁸⁴ Hierfür ist das Maß der Beteiligung der beiden Kläger an dem streitbefangenen Gegenstand entscheidend. Haben die beiden Kläger z.B. jeder einen Anspruch von 1.000 DM oder zusammen einen von 1.000 DM geltend gemacht, so wird eine Kostenverteilung im Verhältnis 1:1 angebracht sein. Verlangt der unterlegene Kläger dagegen z.B. 3.000 DM, der obsiegende aber nur 1.000 DM, so wird eine Verteilung im Verhältnis 3:1 zu erfolgen haben. Es ist aber auch möglich, daß das Gericht trotz gleicher Höhe der Ansprüche zu einer unterschiedlichen Kostenverteilung kommt,

84.) So auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 100 IV

1; Baumbach-Lauterbach § 100 6 B

wenn die Beteiligung der beiden Kläger am Verfahren erheblich verschieden war (§ 100). Hierbei ist immer die Lage des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Eine besondere Behandlung erfordern allerdings immer die Kosten, welche ausschließlich in dem Verfahrensteil entstanden sind, der vor dem Beitritt lag. Diese sind entweder dem alten Kläger oder dem Beklagten aufzuerlegen. Den neuen Kläger treffen sie dagegen nie, weil er damals noch nicht an dem Rechtsstreit beteiligt war.

2. Die Auslagen

Die Auslagen sind nach den gleichen Grundsätzen wie die Gerichtskosten zu verteilen. Sie fallen dem unterliegenden Teil zur Last. Auslagen, die nur in dem Verfahrensteil zwischen einem der Kläger und dem Beklagten entstanden sind, also z. B. solche für Beweisaufnahmen, die ausschließlich das Verfahren zwischen dem alten Kläger und dem Beklagten betrafen, wird das Gericht gerechterweise nur zwischen diesen Beteiligten verteilen.

3. Die Anwaltskosten

Bei der Berechnung der Gebühren für den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten ergeben sich keine Schwierigkeiten. Er erhält eine Bezahlung nach dem Streitwert, der auch für die Gerichtskosten maßgeblich ist, entsprechend seiner Tätigkeit.

Werden beide Kläger von je einem eigenen Anwalt vertreten, was ihnen völlig freisteht, denn sie brauchen nicht dieselbe Person mit der Wahrnehmung ihrer Interessen zu beauftragen, so erhält jeder Gebühren nach dem Streitwert seines Verfahrens und nach Maßgabe seiner Tätigkeit.

Haben beide Kläger einen gemeinsamen Prozeßbevoll-

mächtigten, so erhält dieser nur einmal Gebühren.⁸⁵ Sie berechnen sich nach dem für die Gerichtskosten im Einklang mit § 5 bestimmten Streitwert (§ 7 Abs. 2 BRAGebO). Die Prozeßgebühr erhöht sich dabei gemäß § 6 Abs. 1 BRAGebO um zwei Zehntel, wobei die Erhöhung von dem Betrag berechnet wird, an dem die Auftraggeber gemeinschaftlich beteiligt sind.⁸⁶

Für die endgültige Verteilung der Anwaltsgebühren unter die Parteien ist die Kostenentscheidung des Gerichts maßgeblich.

Wird jede Partei von einem eigenen Prozeßbevollmächtigten vertreten, so ergeben sich keine Schwierigkeiten. Unterliegt der Beklagte voll, so muß er die Anwaltskosten beider Kläger tragen. Umgekehrt müssen die Kläger die Kosten des Beklagten erstatten, wenn sie diesem unterliegen. Obsiegt der Beklagte nur im Verhältnis zu einem Kläger, so hat dieser seine Anwaltskosten selber zu tragen. Außerdem muß er einen entsprechenden Teil der Kosten des Beklagten erstatten. Dieser Anteil richtet sich danach, wie das Gericht die Verfahrenskosten durch das Urteil verteilt hat. Bei gleicher Beteiligung wird es dem unterliegenden Kläger die Hälfte der dem Beklagten entstandenen außergerichtlichen Kosten auferlegen, während der Beklagte die außergerichtlichen Kosten des Klägers, demgegenüber er unterlegen ist, in vollem Umfang übernehmen muß. Der Tenor einer solchen Entscheidung lautet dann etwa: Die Gerichtskosten tragen der Kläger A und der Beklagte je zur Hälfte. Von den außergerichtlichen Kosten trägt der Kläger A die eigenen und die Hälfte der des Beklagten, der Beklagte die eigenen zur Hälfte und die des Klägers B in vollem Umfang.⁸⁷

85.) So auch Lauterbach § 6 BRAGebO 2A; Riedel-Corves-Sußbauer § 6 N.20; Gerold-Schmidt § 13 N.21

86.) So auch Lauterbach § 6 BRAGebO 2 A; Riedel-Corves-Sußbauer § 6 N.35; Gerold-Schmidt § 13 N.21

Werden beide Kläger von demselben Rechtsanwalt vertreten, so ändert sich an der grundsätzlichen Kostenverteilung zwar nichts, es fragt sich jedoch, ob der obsiegende Kläger von dem Gegner nur die Erstattung des Anteils an den gemeinsamen Anwaltskosten verlangen kann, den er im Innenverhältnis seinem Prozeßbevollmächtigten schuldet,⁸⁸ oder ob er den Teil verlangen kann, für den er dem Anwalt haftet. Dem obsiegenden Kläger wird man das Recht einräumen müssen, den Betrag zu verlangen, den er auf Grund der gesamtschuldnerischen Haftung seinem Anwalt schuldet.⁸⁹ Das sind nach § 6 Abs. 2 BRAGeO die Gebühren, welche er seinem Prozeßbevollmächtigten zahlen müßte, wenn er nur in seinem Auftrag tätig geworden wäre. Es erscheint angebracht, dem obsiegenden Genossen den Anspruch auf Ersatz dieses Betrages zu geben, weil die unterliegende Partei nach § 91 die dem Gegner, also dem einen Genossen, erwachsenen Kosten zu erstatten hat. Dem Genossen sind aber die Kosten entstanden, für die er seinem Prozeßbevollmächtigten haftet. Es geht nicht an, den obsiegenden Kläger für die Beitreibung seiner Kosten teilweise auf seinen (vielleicht zahlungsunfähigen) Genossen zu verweisen, wenn er eine entsprechende Summe an den gemeinsamen Anwalt gezahlt hat. Diese Regelung ist schon deshalb nicht unbillig, weil jeder Kläger auch einen eigenen Rechtsanwalt hätte bestellen können, und der unterliegende Beklagte dann in jedem Fall die vollen Kosten hätte ersetzen müssen.

Für die Kostenerstattung haften die unterlegenen Genossen gemäß § 100 Abs. 1 nach Kopfteilen, für die

87.) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 100 IV 1; Baumbach-Lauterbach § 100 6 C

88.) Lauterbach § 6 BRAGeO 5 B; OLG Nürnberg NJW 1963, 1313; OLG Köln NJW 1964, 1908

89.) So die h.M. vgl. BGH in DRspr. IV (410) 1002; Gerold-Schmidt § 6 N. 64; ausführlich Riedel-Corves-Sußbauer § 6 N. 48 mit weiteren Nachweisen.

Gerichtsgebühren dagegen nach § 104 GKG als Gesamtschuldner.

Diese Kostenregelung ergibt sich unmittelbar aus den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften. Eine Sonderregelung ist daher für den Parteibeitritt nicht erforderlich.

§ 30 DER KLÄGERBEITRITT IM RECHTSMITTELZUG

1. In der Berufungsinstanz

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Auch im Berufsrechtszug besteht ein Bedürfnis dafür, einen Klägerbeitritt zuzulassen. Das gilt wenigstens für die Fälle, in denen die beiden Kläger notwendige Streitgenossen sind. Hier kann nur durch den Beitritt die Abweisung der Klage ohne sachliche Entscheidung verhindert und damit die Arbeit von fast zwei Instanzen nutzbringend verwendet werden. Das zeigt sich auch in dem schon häufiger herangezogenen Fall der Mietherabsetzungs-klage.⁹⁰ Geht man davon aus, daß die Eheleute notwendige Streitgenossen sind, da sie das Lokal gemeinsam als BGB-Gesellschaft betreiben,^{90a} so muß die Klage als unzulässig abgewiesen und der Rechtsstreit neu begonnen werden, falls die Ehefrau dem Kläger nicht beitreten darf. In einem solchen Fall ist es denkbar, daß alle tatsächlichen und rechtlichen Fragen (lag eine Täuschung über den Umsatz vor usw.) schon in dem bisherigen Verfahren geklärt worden sind. Dann wäre es mißlich, müßte der Rechtsstreit nur aus dem Grunde, daß der Kläger nicht allein aktivlegitimiert ist, neu begonnen werden.

Beim Parteibeitritt ist es allerdings denkbar, ein Bedürfnis für eine Regelung nur in den Fällen des notwendigen, nicht dagegen bei einem nützlichen Beitritt anzuerkennen. Ist nämlich der Anspruch einer jeden Partei von dem der anderen unabhängig, der neue Kläger also nicht genötigt, seine Rechte zusammen mit dem alten zu verfolgen, so hat der Beitritt der neuen Partei in der Berufungsinstanz nur den Sinn, eventuell Arbeit für den neuen Kläger und das Gericht in Bezug auf den jetzt erhobenen

90.) KG OLG 5, 25

90a) Diese Frage ist in der Entscheidung nicht behandelt.

Anspruch zu sparen. Die neue Partei kann sich das Verhandlungsergebnis des alten Rechtsstreits zunutze machen und damit schneller zu ihrem Ziel gelangen. Dagegen ist es für den alten Kläger in diesem Fall belanglos, ob der neue beitrifft, denn sein Rechtsstreit würde auch ohne diesen Vorgang weitergehen. So liegt es in unserem zweiten Beispiel.⁹¹ Stellt sich in der Berufungsinstanz heraus, daß auch die Tochter auf Grund der Auflösung des Verlöbnisses Ansprüche hat, so spielt das für das bisherige Verfahren keine Rolle. Die Frage, ob der Vater Rechte hat, läßt sich ohne den Beitritt der Tochter klären. Die Tochter kann ihre Ansprüche auch in einem erstinstanzlichen Verfahren geltend machen. Man wird aber auch hier wegen der damit verbundenen Arbeitersparnis ein Bedürfnis für einen Klägerbeitritt anerkennen können.

Gegen einen Parteibeitritt in zweiter Instanz ergeben sich zwar ebenso wie gegen einen Parteiwechsel Bedenken. Die Berufungsinstanz ist dazu da, um ein zwischen bestimmten Parteien ergangenes Urteil auf Fehler in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu überprüfen und nicht, um die Rechtshängigkeit zu begründen. Verschiedene Vorschriften des Gesetzes, insbesondere die Regelung über den gesetzlich zugelassenen Parteibeitritt nach § 856 Abs. 2 sowie die Bestimmungen über die Klageänderung (§ 523), Widerklage und Aufrechnung (§ 529) zeigen aber, daß die Zivilprozeßordnung Ausnahmen vom Instanzenzug zuläßt, falls hierdurch eine Vereinfachung der Prozesse ermöglicht wird. Man wird daher auch einen gewillkürten Klägerbeitritt in der Berufungsinstanz zulassen können.⁹²

91.) RGZ 58, 248

92.) So auch Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 b; Blomeyer § 115 IV 2 b (S. 639); Rosenberg ZZP 68, 1ff und 70, 1ff; BGHZ 21, 285; BGH NJW 1962, 633; 1964, 44 RG Gruchot 40, 414/25; OLG Nürnberg BayJuMinBl.

Was Voraussetzungen, Form und Wirkungen des Vorgangs in der Berufungsinstanz anbetrifft, so gilt grundsätzlich das für die erste Instanz. Ausgeführt. Hier soll nur auf einige Besonderheiten hingewiesen werden.

Der neue Kläger hat die Parteiänderung ebenso wie in der ersten Instanz einzuleiten. Zustimmung muß wieder der alte Kläger, weil er entscheidet, ob er alleine oder mit einem Genossen prozessieren will. Seine verweigerte Einwilligung kann aber auch diesmal durch einen Beschluß des Gerichts ersetzt werden.

Ein Unterschied ergibt sich hinsichtlich der Mitwirkung des Beklagten. Während er in erster Instanz nur gefragt werden mußte, wenn der Parteibeitritt eine Änderung des Streitgegenstandes enthielt, ist seine Mitwirkung in zweiter Instanz immer notwendig, da ihm durch den verspäteten Beitritt des neuen Klägers diesem gegenüber eine Instanz zu seiner Verteidigung verlorengeht.⁹³ Man könnte dagegen einwenden, daß der Beklagte doch von Anfang an den Rechtsstreit geführt hat, ihm also genügend Gelegenheit zum Vortrag geboten war. Das ist jedoch nicht richtig. Der Beklagte hat zwar schon bisher mit dem alten Kläger über dessen Rechte verhandelt, gegen den Anspruch des neuen Klägers kann er sich aber erst von dessen Beitritt an wehren. Insoweit geht ihm die erste Instanz verloren, und hierzu ist sein Einverständnis notwendig.

1953, 223; a. A. Kisch S. 297/298 und Berufungsinstanz S. 295; Lent-Jauernig § 86 III (S. 247); Holzhammer S. 28; Bernhardt S. 210; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4 b, die meinen, die funktionelle Zuständigkeit der Rechtsmittelgerichte verbiete den Eintritt. So auch noch BGH LM § 521 ZPO Nr. 4

93.) Vgl. BGHZ 21, 285; ebenso Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 b; Blo-

Eine Ersetzung dieser Zustimmung durch das Gericht kommt aus den gleichen Gründen wie beim Klägerwechsel nur dann in Betracht, wenn die Verweigerung mißbräuchlich erfolgt. Es genügt nicht, daß das Gericht den Parteibeitritt für sachdienlich hält. Der Verlust einer Instanz kann dem Beklagten nur unter ganz besonderen Umständen zugemutet werden. Das Gesetz geht davon aus, daß die Parteien ihre Streitfragen in wenigstens zwei Instanzen überprüfen lassen können. Hiervon weicht es nur in wenigen Ausnahmefällen ab. Beim Parteibeitritt erscheint eine solche Abweichung nur dann gerechtfertigt, wenn entweder die betroffene Partei auf die Instanz freiwillig verzichtet oder sie kein aner kennenswertes Interesse an dem Beginn eines neuen Verfahrens im ersten Rechtszug hat.⁹⁴

Eine mißbräuchliche Verweigerung der Zustimmung zum Parteibeitritt wird man daher ähnlich wie beim Parteiwechsel annehmen können, wenn praktisch der Kläger derselbe bleibt, er allerdings jetzt auch einen Anspruch für ein anderes Interessevermögen geltend macht, und wenn dieser Anspruch bis auf die subjektive Seite hin dem des alten Klägers entspricht. Diese enge Verbundenheit der beiden Ansprüche ist notwendig, weil nur dadurch gewährleistet wird, daß die den neuen Anspruch betreffenden Fragen bereits in dem alten Verfahren weitgehend geklärt worden sind. Die Identität der auf der Klägerseite den Rechtsstreit führenden Person legt es nahe, daß kein wesentlich neuer Prozeßstoff eingeführt wird und der Verlust der Instanz daher nur formell eintritt. Als Beispiel sei folgender Fall⁹⁵

meyer §. 115 IV 1 b (S. 637) und 2 b (S. 639);
vgl. zu der entsprechenden Frage beim Klägerwechsel S. 113 bzw. Beklagtenwechsel S. 153

94.) So auch BGHZ 21, 285 zum Beklagtenbeitritt;
vgl. auch zu der entsprechenden Frage beim Parteiwechsel S. 58ff, 60

95.) RG JW 90, 111⁵ ähnlich der Fall BGHZ 21, 285 zum Beklagtenbeitritt

genannt: Dem Kläger und seiner Ehefrau stand gemeinsam ein Recht zu. Der Ehemann klagte zunächst nur im eigenen Namen. Später wollte er den Anspruch auch als (rechtsgeschäftlicher) Vertreter seiner Frau geltend machen. Verweigert der Beklagte in einem solchen Fall der Ehefrau den Beitritt, so wird man das als mißbräuchlich ansehen müssen. Hier bleibt der Streitgegenstand weitgehend identisch. Er wird nur insoweit geändert, als derselbe Gegenstand nunmehr von beiden Klägern gefordert wird. Da der Kläger den Rechtsstreit auch für seine Frau führt, hat der Beklagte keinen wesentlich neuen Vortrag zu erwarten. Der Beitritt wird sich auf die Berichtigung der Aktivlegitimation beschränken. Der Instanzverlust fällt für den Beklagten praktisch nicht ins Gewicht und ist ihm daher zuzumuten.

Will dagegen eine selbständige Person oder der alte Kläger für einen Dritten einen selbständigen Anspruch erst in zweiter Instanz geltend machen, so kann man den Willen des Beklagten, der dem entgegentretritt, nicht übergehen. Für ihn ist dann die Gefahr zu groß, daß der Prozeß wegen der neuen Person oder des anders gearteten Anspruches anders als der bisherige Rechtsstreit verläuft und eine sachgerechte Verteidigung gegenüber der beigetretenen Partei nicht gesichert ist. Zu denken ist hier etwa an den Fall, daß der Beklagte durch eine unerlaubte Handlung zwei Personen geschädigt hat. Hier wird man bei verschiedenem Kausalverlauf, Verschulden, eingetretenem Schaden usw. dem Beklagten nicht zumuten können gegenüber einem der Kläger auf eine Instanz zu verzichten.

Auch der neue Kläger verliert durch seinen verspäteten Beitritt eine Instanz. Das ist aber nicht wichtig, da er freiwillig hierauf verzichtet.

In diesem Zusammenhang muß allerdings noch geprüft werden, ob man nicht wie beim Klägerwechsel in der zweiten Instanz zusätzlich die Mitwirkung des Gerichts verlangen sollte.⁹⁶

Beim Parteiwechsel in der Berufungsinstanz wurde eine solche Maßnahme aus praktischen Gründen befürwortet.⁹⁷ Es sollte durch eine Kontrollfunktion des Gerichtes verhindert werden, daß die Parteien in Fällen eine Parteiänderung herbeiführten, in denen der Vorgang nicht sinnvoll war. Auch beim Parteibeitritt wäre es unzweckmäßig, wenn den Parteien, die über die Bezahlung von Waren streiten, in zweiter Instanz ein Kläger beitreten wollte, der eine Schadensersatzforderung aus einem Verkehrsunfall geltend macht.⁹⁸

Beim Parteibeitritt ist jedoch die Gefahr, daß die Parteien dem Gericht einen neuen Sachverhalt vorlegen, wesentlich geringer als beim Parteiwechsel. Wie schon oben dargelegt,⁹⁹ werden die Ansprüche der Kläger ohnehin nur dann gemeinschaftlich verhandelt, wenn sie in einem Verhältnis stehen, wie es die §§ 59ff voraussetzen. Damit wird bereits erreicht, daß die Streitgegenstände in enger Beziehung zueinander stehen. Ist das, wie in dem obigen Beispiel, nicht der Fall, so kommt es nicht zu einer gemeinschaftlichen Verhandlung. Die Sachdienlichkeit eines Parteibeitritts wird damit praktisch schon im Rahmen der §§ 59ff vom Gericht geprüft. Es ist daher nicht erforderlich, besondere Maßnahmen vorzusehen.

Hinsichtlich aller übrigen Fragen gilt für den Klägerbeitritt in zweiter Instanz das für den er-

96.) So Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 b; für den Parteiwechsel auch Pohle S.153; Bötticher MDR 1958, 330; vgl. S.114ff

97.) Vgl. S.114ff

98.) Beispiel Pohles zum Parteiwechsel, Pohle S.153

99.) S.178ff

sten Rechtszug Ausgeführte entsprechend.¹⁰⁰

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Eine Parteiänderung nach § 265 oder § 856 sowie eine Klageänderung sind auch in der Berufungsin-
stanz möglich. Trotzdem befriedigt eine Analogie zu
diesen Vorschriften aus den gleichen Gründen wie
in der ersten Instanz nicht. Hinzu kommt, daß alle
diese Vorschriften den Verlust eines Rechtszuges
für den Beklagten nicht berücksichtigen. Das ist
in den Fällen der §§ 265, 856 verständlich, weil das
Urteil auch der neuen Partei gegenüber wirksam
wäre, wenn sie überhaupt nicht an dem Verfahren be-
teiligt gewesen wäre. Im Grundfall des § 264, der
Anspruchsvertauschung, stellt sich die Frage nicht,
weil dort die Parteien dieselben bleiben und sie
deshalb keine Instanz verlieren.

Die Rechtsprechung hat wegen des Instanzverlustes
für den Beklagtenwechsel und den Beklagtenbeitritt
über den Wortlaut des § 264 hinaus die Zustimmung
des neuen Beklagten zu einer Parteiänderung in der
Berufungsinstanz gefordert und die Ersetzung nur
bei mißbräuchlicher Verweigerung zugelassen.¹⁰¹ Es
ist anzunehmen, daß das auch für die entsprechende
Frage beim Klägerbeitritt zu gelten hat, da die In-
teressen insoweit gleich liegen.

Nach den Vorschlägen der Kommission zur Reform der
Zivilgerichtsbarkeit soll ein Klägerbeitritt auch
in der Berufungsinstanz möglich sein.¹⁰² Wegen des
Instanzverlustes wird auch dort die Mitwirkung des
Beklagten gefordert. Ob allerdings auch der alte

100.) A.A. Blomeyer § 115 IV 1 b (S. 638), für den
neuen Kläger beginne ein selbständiges Ver-
fahren, das den Regeln für die erste Instanz
unterstehe. Die Verbindung eines erstinstanz-
lichen mit einem Berufungsverfahren erscheint
jedoch wenig zweckmäßig.

101.) BGHZ 21, 285

102.) Vgl. Entwurf § 530 Abs. 2 S. 1; Begründung S. 122

Kläger gefragt werden muß, bleibt wie in erster Instanz unklar.

2. In der Revisionsinstanz

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Im Revisionsrechtszug ist ein Klägerbeitritt nicht möglich. Er würde einen neuen Tatsachenvortrag erfordern, der in dieser Instanz ausgeschlossen ist (§ 561).¹⁰³ Ein Fall eines Parteibeitritts, der ohne Vortrag von neuem Tatsachenstoff vor sich geht, erscheint undenkbar. Bei einem Parteibeitritt trägt die neue Partei in jedem Fall erstmalig vor, daß ihr überhaupt ein Anspruch zusteht. In unseren Beispielsfällen muß die dem Vater beitretende Tochter zunächst ihre Beziehungen zu dem Beklagten darlegen und erklären, welche Folgerungen sie daraus ziehen will. In gleicher Weise müssen die Eheleute, welche das Restaurant gemietet hatten, bei einem Beitritt der Ehefrau in der Revisionsinstanz nunmehr erstmalig vortragen, daß auch die Ehefrau an dem Mietverhältnis beteiligt war. Das ist aber im Revisionsrechtszug unzulässig. Insoweit gilt uneingeschränkt das zum Klägerwechsel Ausgeführte entsprechend.¹⁰⁴

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Auch eine Parteiänderung nach den §§ 265, 856 und eine Klageänderung sind in diesem Teil des Verfahrens grundsätzlich nicht mehr möglich. Eine Analogie zu diesen Vorschriften führt daher zu zutreffenden Ergebnissen.

Der Entwurf sieht dagegen auch einen Parteibeitritt

103.) So schon RG JW 1908, 44; RGZ 160, 204 zum Parteiwechsel; ebenso Blomeyer § 115 IV 1 b; a.A. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 b; Wieczorek § 264 E III aus den gleichen Gründen wie beim Parteiwechsel. Vgl. oben S. 119 ff

in der Revisionsinstanz vor.¹⁰⁵ Gegen einen solchen Vorgang sprechen die gleichen Gründe wie gegen einen Parteiwechsel in dieser Situation. Es kann daher zur Vermeidung von Wiederholungen auf die dortigen Ausführungen Bezug genommen werden.¹⁰⁶

3. Zwischen den Instanzen

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Zwischen den Instanzen ist für einen Klägerbeitritt, etwa in der Art, daß der neue Kläger zusammen mit dem alten Berufung einlegt, aus den gleichen Gründen wie beim Klägerwechsel, kein Raum. Der neue Kläger ist durch das zwischen den alten Parteien ergangene Urteil in keiner Weise beschwert, da es nur die Rechtsverhältnisse zwischen dem alten Kläger und dem Beklagten regelt. Es besteht daher kein Grund, ihm die Möglichkeit zu geben, sich gegen diese Entscheidung zu wehren.

Auch rein praktisch ist der neuen Partei mehr damit gedient, wenn sie alleine, oder sofern die beiden Kläger notwendige Streitgenossen sind, zusammen mit dem alten Kläger einen neuen Prozeß beginnt. Möchte die Tochter ihre Rechte aus der Auflösung der Verlobung geltend machen, so tut sie das praktischerweise durch eine neue Klage. Auch wenn die Klage des Ehemannes auf Herabsetzung der Miete mangels seiner Aktivlegitimation abgewiesen worden ist, ist es besser, die Eheleute beginnen nochmals einen neuen Rechtsstreit in erster Instanz. Die Beteiligten können dann die Akten des alten Verfahrens beiziehen lassen. Damit erreichen sie ebenfalls eine Verwertung der bisherigen Prozeßergebnisse, ohne jedoch eine Instanz zu verlieren. Der alte Kläger wird, wenn er nur zusammen mit dem neuen sachlegitimiert ist, durch eine eventuelle

104.) Vgl. oben S. 118ff

105.) § 566 (S. 30); Begründung S. 128

106.) Vgl. S. 118ff, 121

Rechtskraft des ersten Urteils nicht gehindert, eine weitere Klage zusammen mit dem neuen Kläger zu erheben, da das alte Urteil über diesen Anspruch nicht befunden hat. Die erste Klage mußte nämlich als unzulässig abgewiesen werden.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Auch diese Ergebnisse lassen sich mit einer Analogie zu den §§ 265, 856 nicht erzielen. In beiden Fällen ist dem neuen Kläger ein Beitritt auch zwischen den Rechtszügen, wenigstens zwischen erster und Berufungsinstanz, erlaubt. Der Grund dafür ist, daß ein Urteil zwischen den bisherigen Parteien auch ihm gegenüber wirksam ist, und er daher ein Recht haben muß, sich dagegen zu wehren.

Eine Klageänderung könnte ebenfalls mit der Einlegung der Berufung verbunden werden. Eine solche Handlung ist sinnvoll, weil die Parteien dieselben bleiben, und keine weitere bisher unbeteiligte Person hinzutritt. Eine Analogie ist daher insoweit nicht empfehlenswert.

Der Entwurf scheint einen Parteibeitritt zwischen den Instanzen zu bejahen. Das ist jedenfalls aus § 530 Abs. 3¹⁰⁷ zu schließen. Dort ist das Verfahren geregelt, falls die Parteiänderung mit der Einlegung der Berufung verbunden wird. Aus den oben genannten Gründen erscheint ein solcher Vorgang vor Eintritt in die Berufungsverhandlung nicht notwendig. In diesem Fall ist es zweckmäßiger, wenn das ganze Verfahren - unter Beiziehung der alten Akten - nochmals in erster Instanz begonnen wird.

107.) S. 27; Begründung S. 122/123

2. KAPITEL: D I E H E R E I N Z I E H U N G
E I N E S W E I T E R E N
B E K L A G T E N

§ 31 DAS WESEN DES BEKLAGTENBEITRITTS

Die Interessenlage entspricht beim Beklagtenbeitritt im großen und ganzen der beim Klägerbeitritt. Dem Kläger wird häufig daran gelegen sein, neben den bisherigen Beklagten eine weitere Person in den Rechtsstreit zu ziehen, entweder, weil er aus Zweckmäßigkeitsgründen (Arbeits-, Kostenersparnis usw.) seinen Anspruch auch gegen diese in dem laufenden Verfahren verfolgen will (zweckmäßiger Beitritt) oder aber, weil er inzwischen eingesehen hat, daß sein Anspruch nicht gegen den alten Beklagten allein besteht, sondern nur in einer Klage gegen beide Beklagten zusammen erfolgreich durchgesetzt werden kann (notwendiger Beitritt).

Als Beispiel für einen zweckmäßigen Beitritt sei hier genannt:¹ Der Kläger machte zunächst eine Forderung gegen eine OHG geltend. Später erweiterte er die Klage auf die einzelnen Gesellschafter, weil sie nach § 128 HGB für die Forderung haften. Hier wären auch zwei getrennte Verfahren möglich. Durch die Zusammenfassung der beiden Prozesse können die anstehenden Fragen aber schneller zwischen allen Beteiligten geklärt werden. - Einen notwendigen Beitritt enthält folgender Fall:² Ein Grundstückseigentümer hatte Klage gegen seinen Nachbarn auf Duldung eines Notweges erhoben. Als sich herausstellte, daß der Beklagte zusammen mit seiner Ehefrau Eigentümer des Grundstücks war, wollte der Kläger auch die Frau in den Rechtsstreit ziehen. In diesem Fall ist die Frage, ob der neue Beklagte an

1.) BGH NJW 1961, 1066

2.) BGH NJW 1962, 633

dem Prozeß beteiligt werden kann, für den Kläger von entscheidender Bedeutung. Gelingt ihm die Parteiänderung nicht, so wird seine Klage als unbegründet abgewiesen, und die ganze bisherige Prozeßführung war umsonst. Da, die beiden Beklagten nämlich notwendige Streitgenossen sind, kann die Frage, ob sie einen Notweg dulden müssen, nur in einem gemeinschaftlichen Verfahren mit ihnen entschieden werden.³

Auch für den bisher allein Verklagten wird der Beitritt des anderen meistens vorteilhaft sein. Beim zweckmäßigen Beitritt erhält er einen Streitgenossen, der ihm wahrscheinlich seine Prozeßführung mit dem Gegner erleichtert. Beim notwendigen Beitritt verliert er zwar durch die Parteiänderung die ziemlich sichere Aussicht, daß die Klage abgewiesen wird. Er muß jedoch, wenn der Beitritt scheitert, damit rechnen, daß er von dem Kläger zusammen mit dem anderen Beklagten erneut in Anspruch genommen wird. Der alte Beklagte spart daher ebenfalls Zeit und Arbeit, wenn er sich mit dem Vorgang einverstanden erklärt, und die anstehenden Fragen schon jetzt geklärt werden können.

Für den neuen Beklagten hat die Parteiänderung den Vorteil, daß er in ein bereits laufendes Verfahren gezogen wird und sich dadurch die bisherigen Verhandlungsergebnisse zunutze machen kann. Er wird seinen Streit mit dem Kläger auf diesem Wege schneller und billiger austragen können. Andererseits wird er zwar durch die Hereinziehung Beklagter in einem Rechtsstreit, aber gegen die Möglichkeit an sich verklagt zu werden, kann er sich nicht wehren.

Hinsichtlich des Wesens des Beklagtenbeitritts gilt das, was bereits zu den anderen Fällen der Parteiänderung, insbesondere zum Klägerbeitritt, ausgeführt worden ist, entsprechend. Der Beklagtenbeitritt ist immer ein einheitlicher Vorgang und

daher nur dann gültig, wenn alle beteiligten Personen die erforderlichen Erklärungen abgegeben haben. Eine Zerlegung des Vorgangs in eine Klageerhebung (gegen den neuen Beklagten) und eine völlig selbständige Klageänderung (gegenüber dem alten) kommt nicht in Betracht. Es entspricht nicht dem Willen des Klägers, gegen den neuen Beklagten in jedem Fall eine Klage zu erheben, auch wenn die damit verbundene Änderung des Anspruches nicht durchgreift.

Es erübrigt sich hier nochmals im einzelnen auf die grundsätzliche Einordnung des Parteibeitritts einzugehen. Insoweit liegen die Verhältnisse beim Beklagtenbeitritt ebenso wie beim Klägerbeitritt. Es kann daher ohne Einschränkungen auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.⁴

4.) Vgl. S. 160ff

§ 32 DIE ZUM BEKLAGTENBEITRITT ERFORDERLICHEN
ZUSTIMMUNGEN

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage
notwendig?

Auch hier sei zunächst darauf hingewiesen, daß sich der Beklagtenbeitritt und der Beklagtenwechsel grundlegend unterscheiden. Es ist daher nicht richtig, die Fälle einfach gleich zu behandeln. Man wird vielmehr wie beim Klägerbeitritt prüfen müssen, wessen Interessen durch den Vorgang berührt werden, und wer von den Beteiligten daher gefragt werden muß.

1. Die Stellung des Klägers

Der Kläger will durch die Hereinziehung des neuen Beklagten in den Rechtsstreit auch ihm gegenüber einen Anspruch anhängig machen. Aus diesem Grunde muß der Beklagtenbeitritt immer von dem Kläger in die Wege geleitet werden,⁵ denn nur er entscheidet, mit wem er prozessieren will. Der neue Beklagte kann zwar auch erklären, daß er in das Verfahren eintreten möchte (wenn er etwa sieht, daß sich ein Prozeß doch nicht vermeiden läßt). Das stellt jedoch für den Kläger immer nur eine Anregung dar. Der Kläger entscheidet darüber, ob und wann er seinen Anspruch gegen den neuen Beklagten erheben will. Dieser muß den Angriff erst abwarten.

Das wird auch durch unsere beiden Beispielsfälle vollauf bestätigt. Es ist Sache des Klägers zu entscheiden, ob er neben der OHG auch noch die für die Forderung haftenden Gesellschafter in Anspruch nimmt.⁶ Gleichfalls liegt es am Kläger, ob er im Fal-

5.) Allg. M. vgl. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4 a; Bernhardt S. 210; Rosenberg ZJP 70, 6; Blomeyer § 115 IV 1. (S. 635)

6.) So der Fall BGH NJW 1961, 1066

le des Notweganspruches⁷ seinen Fehler durch Hereinziehen der Ehefrau in das Verfahren berichtigen will oder nicht.

2. Die Stellung des neuen Beklagten

Die Einwilligung des neuen Beklagten ist nur dann notwendig, wenn er durch seine nachträgliche Hereinziehung in den Rechtsstreit irgendwelche Nachteile erleidet, die über das hinausgehen, was mit einer normalen Klageerhebung verbunden ist. Werden die Gesellschafter neben der OHG in Anspruch genommen bzw. die Ehefrau zusätzlich zu ihrem Ehemann, so können sich weder die Gesellschafter noch die Ehefrau gegen die Klageerhebung an sich wenden, denn insoweit sind sie nicht schutzwürdig. Es bleibt dem Kläger überlassen, gegen wen er einen Rechtsstreit betreiben will. Die Mitwirkung des neuen Beklagten ist daher nur dann erforderlich, wenn er auf Grund der Hereinziehung in den schwebenden Rechtsstreit besondere Nachteile erleidet, die ihn bei einer selbständigen Verklagung nicht getroffen hätten (z.B. Bindung an die bisherigen Verfahrensergebnisse, Eintritt der materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit bereits vom Zeitpunkt der Erhebung der alten Klage an usw.). Das ist aber, wie noch später zu zeigen sein wird, nicht der Fall. Die Zustimmung des neuen Beklagten ist daher zum Beklagtenbeitritt nicht notwendig.⁸

Wie schon oben dargelegt, ist der neue Beklagte nicht in der Lage, von selbst dem Verfahren beizutreten, ohne daß es einer Handlung des Klägers bedürfte, denn es ist ihm auch nicht möglich, gegen sich selbst einen Anspruch anhängig machen.

7.) BGH NJW 1962, 633

8.) So auch Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4 a; Bernhardt S. 210; Rosenberg ZZP 70, 6; Blomeyer § 115 IV 1 a (S. 636); a.A. die Rechtsprechung u.a. BGH NJW 1961, 1066; 1964, 44

3. Die Stellung des alten Beklagten

Schwieriger ist die Frage zu beurteilen, ob der alte Beklagte mit der Parteiänderung einverstanden sein muß. Wendet man auf den Beklagtenbeitritt die Regeln über den Beklagtenwechsel an,⁹ so bedeutet das, daß neben dem Kläger der alte Beklagte bei dem Vorgang mitwirken muß. Es fragt sich jedoch, ob der alte Beklagte hier einverstanden sein muß, wenn trotz der Parteiänderung sein Verfahren unverändert weitergeht. Das ist dann der Fall, wenn neben den alten Beklagten eine Person tritt, der gegenüber ein völlig selbständiger Anspruch geltend gemacht wird (etwa der aus Bürgschaft neben dem Hauptanspruch¹⁰).

Die Zustimmung des alten Beklagten ist zum Beklagtenwechsel notwendig, weil er aus dem Rechtsstreit ausscheidet und keinen Rechtsschutz erhält. Das entfällt aber hier, denn der ursprünglich allein Verklagte bleibt am Verfahren beteiligt. Die Zuziehung einer weiteren Person beeinträchtigt ihn grundsätzlich nicht, denn auch wenn er ursprünglich von dem Kläger gleichzeitig mit dem neuen Beklagten verklagt worden wäre, hätte er sich nicht dagegen wehren können.

Es gibt beim Beklagtenbeitritt genau wie beim Klägerbeitritt Fälle, in denen die Interessen der alten Partei berührt werden und solche, in denen das nicht so ist. So sehr es einerseits wünschenswert sein mag, für die Frage der Zustimmungen eine einfache und einheitliche Lösung zu finden, die auf alle Fälle der Parteiänderung paßt, so wenig erscheint es andererseits angemessen, nur um einer einheitlichen Lösung willen, immer die Mitwirkung des alten Beklagten zu fordern, auch wenn dessen Position nicht beeinträchtigt wird.

9.) So insbesondere Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41. III 2 (S. 174f) und ZZP 70, 6/7; de Boor S. 125

10.) Beispiel aus RG Warn. 34, 142

Es sind daher auch beim Beklagtenbeitritt zwei Fallgruppen zu unterscheiden: Einmal, daß der Kläger gegen den ursprünglichen Beklagten nach wie vor denselben Anspruch verfolgt und zum anderen, daß er mit der Beiziehung der neuen Partei auch den Anspruch gegenüber der alten ändert. Hierbei können die schon häufiger herangezogenen Fälle wieder als Beispiel dienen. In dem Fall der Klagerweiterung auf die Gesellschafter der OHG¹¹ bleibt der gegenüber dem alten Beklagten, nämlich der OHG, geltend gemachte Anspruch gleich. Es handelt sich immer noch um die Forderung aus demselben Vertrag. Daher besteht kein Grund, den Beklagten um sein Einverständnis in den Parteibeitritt zu bitten. Der Rechtsstreit geht mit ihm unverändert weiter. Er erhält lediglich einen Streitgenossen, der ihm nur vorteilhaft sein kann, ihn keinesfalls aber in seiner Rechtsverfolgung beeinträchtigt. Die alte Beklagte (OHG) verteidigt sich auch nach dem Beitritt ihrer Gesellschafter nur gegen die Hauptforderung. Die Hereinziehung der Gesellschafter ist für ihre Stellung daher belanglos.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Kläger gegen den neuen Beklagten denselben Anspruch wie gegen den alten, oder einen anderen Anspruch verfolgt. Die Klage gegen den neuen Beklagten wird erst mit dessen Beiziehung erhoben. Dadurch wird der alte Beklagte nicht in seinen Rechten verletzt.

Auch die Tatsache, daß neben die alte Partei eine weitere tritt, ist im Gegensatz zum Klägerbeitritt kein Grund, die Einwilligung des alten Beklagten zu fordern. Hierin unterscheiden sich die beiden Fälle. Während eine Streitgenossenschaft auf der Klägerseite nur im beiderseitigen Einvernehmen der Kläger begründet werden kann, haben die Beklagten keinerlei Einfluß darauf, ob sie zusammen in Anspruch genommen werden.¹² Das gilt für die anfäng-

11.) BGH NJW 1961, 1066

12.) Allg.M. vgl. Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 94 I 2 a

liche Streitgenossenschaft und ändert sich auch bei einer nachträglich begründeten nicht, da die Interessenlage insoweit gleich ist. Wird der Streitgegenstand gegenüber dem bisherigen Beklagten nicht verändert, so ist also für den Beklagtenbeitritt lediglich ein Akt des Klägers erforderlich.

Anders liegt der Fall, wenn der Beklagtenbeitritt auch eine Änderung des Anspruches gegenüber dem alten Beklagten enthält. So liegt der zweite Beispielsfall,¹³ in dem der Kläger festgestellt hat, daß nur der verklagte Ehemann, sondern auch dessen Frau Eigentümerin des Grundstücks ist, auf dem er einen Notweg beansprucht. Hier ist eine Änderung der Klage dahin notwendig, daß nunmehr das Recht von beiden gemeinschaftlich beansprucht wird. Der alte Beklagte soll dann keine Entscheidung über das ursprünglich eingeklagte Recht bekommen, sondern es soll mit ihm nur noch über die geänderte Klage verhandelt werden. Es ist daher notwendig, ihn zu fragen, ob er der Parteiänderung zustimmt, denn es ist durchaus möglich, daß der Kläger später aus irgendwelchen Gründen noch einmal auf den alten Anspruch zurückkommt. Das ist zwar im vorliegenden Fall nicht sehr wahrscheinlich, da der Kläger sich inzwischen durch Einsicht in das Grundbuch über die Eigentumsverhältnisse informiert haben wird. Es könnten jedoch später Schwierigkeiten entstehen, falls der neue Vortrag doch nicht zutreffen sollte, und der Kläger dann nochmals auf seine ursprüngliche Darstellung zurückgreifen sollte. Hier muß der alten Partei wenigstens der Schutz zugebilligt werden, den das Gesetz normalerweise in solchen Fällen einräumt. Der den alten Beklagten betreffende Teil des Vorgangs ist einer Klageänderung ähnlich. Nur weil der Anspruch modifiziert wird, muß auch er zu dem Vorgang gehört werden. Aber auch hier gilt ganz eindeutig: Der Beklagtenbeitritt er-

(S.463); Baumbach-Lauterbach § 59 Anm.1; Wiczorek § 59 A I a 1

13.) BGH NJW 1962, 633

schöpft sich nicht in einer Klageänderung, denn das Wesentliche ist, daß ein neuer Beklagter in das Verfahren hineingezogen wird. Die Änderung des Anspruches ist nur Teil des Gesamtvorganges.

An dieser Stelle soll noch einmal darauf hingewiesen werden, daß der Beklagtenbeitritt keine Klageerhebung darstellt, die möglicherweise mit einer Klageänderung verbunden ist.¹⁴ Dadurch würde der Vorgang in seine einzelnen Bestandteile zerlegt und es wäre denkbar, daß nur der eine oder andere Teil gültig ist. Das würde aber nicht den Wünschen der Parteien entsprechen und zu den bereits oben dargestellten unerwünschten Ergebnissen führen. Der Beklagtenbeitritt ist vielmehr ein einheitlicher Vorgang, der allerdings, falls er eine Änderung des Anspruches gegenüber dem alten Beklagten enthält, unter strengeren Voraussetzungen steht, als wenn das nicht der Fall ist. Er kann nur insgesamt gültig oder ungültig sein. Eine Hereinziehung der neuen Partei ohne die damit verbundene Anspruchsänderung wäre nicht im Interesse des Klägers. Das zeigt sich in dem schon erwähnten Notwegfall.¹⁵ Dort steht die Passivlegitimation mehreren Beklagten nur in ihrer Gesamtheit zu. Es soll nun die ursprünglich nur gegen einen von ihnen erhobene Klage nachträglich unter entsprechender Änderung des Streitgegenstandes auf die übrigen Beteiligten erstreckt werden. Dem Kläger ist hier nicht damit gedient, daß er die weitere Partei in den Rechtsstreit ziehen kann, ohne daß ihm auch die Antragsänderung gelingt. Darf er nämlich seinen Antrag nicht ändern, so wird er trotz der Hereinziehung des weiteren Beteiligten mit seiner Klage abgewiesen und muß obendrein noch die Prozeßkosten der neuen Partei übernehmen.

Zum Beklagtenbeitritt ist demnach die Zustimmung des alten Beklagten grundsätzlich nicht notwendig. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Vorgang ihm

14.) A.A. Kisch S.208 und wohl auch der Entwurf, vgl. Begründung S.87

15.) BGH NJW 1962,633

gegenüber mit einer Anspruchsvertauschung verbunden ist.¹⁶

4. Kann das Gericht die Einwilligung eines Beteiligten ersetzen, falls er sich gegen den Beklagtenbeitritt wendet?

Da zum Beklagtenbeitritt lediglich die Zustimmung des alten Beklagten notwendig ist, falls der Anspruch ihm gegenüber geändert wird, kommt auch nur insoweit die Ersetzung einer verweigerten Einwilligung durch das Gericht in Betracht. Das Gericht wird diese Erklärung in Analogie zu § 264 ersetzen können, wenn es die Anspruchsänderung für sachdienlich hält. Eine Anlehnung an diese Vorschrift ist möglich, weil es sich praktisch um den gleichen Vorgang wie bei der Klageänderung handelt. Auch dort wird im Laufe des Verfahrens der Anspruch verändert, und der Beklagte erhält keine Entscheidung über das frühere Begehren des Klägers. Da in einem solchen Fall die verweigerte Einwilligung des Beklagten bei Sachdienlichkeit der Änderung durch das Gericht ersetzt werden kann, muß das auch beim Beklagtenbeitritt möglich sein, denn auch hier verdient der alte Beklagte keinen größeren Schutz.

Würde der Kläger den weiteren Beklagten in das schwebende Verfahren ziehen und erst danach seine Klage ändern, so wäre § 264 direkt anzuwenden. Der alte Beklagte könnte sich dann auch nur im Rahmen dieser Vorschrift gegen die Anspruchsvertauschung wehren.

Die Sachdienlichkeit bestimmt sich nach dem Gesichtspunkt der Prozeßwirtschaftlichkeit. Sie ist

16.) A.A. (keine Mitwirkung des alten Beklagten) Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a; Bernhardt S.210; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4; Putzo NJW 1964, 500; dagegen fordern die Mitwirkung des Beklagten immer Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S.174f) und ZZP 70, 6/7; de Boor S.125

regelmäßig dann gegeben, wenn die Antragsänderung die sachliche Erledigung des Streitfalles fördert und damit einem neuen Prozeß vorgebeugt wird.¹⁷ Das wird beim Beklagtenbeitritt im allgemeinen zu bejahen sein.

In dem schon häufiger herangezogenen Notwegfall wird die Klage nur insoweit geändert, als neben dem Mann auch noch von der Frau als Grundstückseigentümerin die Einräumung des Notweges verlangt wird. Eine solche Klageänderung ist in erster Instanz in jedem Fall zuzulassen, denn sie dient der sachlichen Erledigung des Streitfalles und beugt einem neuen Verfahren vor.¹⁸ Ohne den Beitritt wäre sicher ein weiterer Rechtsstreit gegen beide Eigentümer zu erwarten. - Ähnlich liegt es in den anderen Fällen eines Beklagtenbeitritts, die eine Anspruchsänderung enthalten.

5. Die Stellung des Gerichts

Eine besondere Zustimmung des Gerichts ist zum Beklagtenbeitritt nicht notwendig.¹⁹ Insoweit gilt das zum Klägerbeitritt Ausgeführte entsprechend. Zwar darf eine gemeinsame Verhandlung über die beiden Ansprüche nur dann erfolgen, wenn die Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft (§§ 59ff) gegeben sind. Das bedeutet aber nur, daß das Gericht zwei unzulässigerweise verbundene Klagen trennt, nicht

17.) Allg.M.vgl. Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 264 II 2; Baumbach-Lauterbach § 264 4 B; RG JW 1935, 2897

18.) Der BGH ließ hier den Beitritt und die Anspruchsänderung nicht zu, da sie erst nach dreijähriger Prozeßdauer in der zweiten Instanz erfolgte. In der ersten Instanz wäre sie aber zulässig gewesen.

19.) So auch Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a; a.A. Henckel S. 242; Holzhammer S. 23 und Lent-Jauernig § 86 III (S. 247) meinen, nur das Gericht könne einen Parteibeitritt herbeiführen.

dagegen, daß es den Parteibeitritt in diesem Fall für unzulässig erklären kann.²⁰

Es ergibt sich also folgendes Ergebnis: Für den Beklagtenbeitritt ist eine einleitende Handlung des Klägers notwendig. Der neue Beklagte braucht nie gefragt zu werden, der alte nur dann, wenn der Parteibeitritt mit einer Änderung des ihm gegenüber erhobenen Anspruches verbunden ist. Stimmt er in diesem Fall nicht zu, so kann seine Einwilligung bei Sachdienlichkeit der Antragsänderung durch das Gericht ersetzt werden.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Bei einem Vergleich der festgestellten Erfordernisse mit dem, was sich aus den eventuell für eine Analogie heranzuziehenden Bestimmungen ergibt, muß man auch hier wieder feststellen, daß keine Vorschrift des Gesetzes dem Beklagtenbeitritt voll gerecht wird.

Eine Anlehnung an § 265 ist kaum möglich. Ganz abgesehen von den grundsätzlichen Bedenken, die sich gegen eine Gleichbehandlung von Parteiwechsel und Parteibeitritt ergeben, würden durch eine analoge Anwendung des § 265 die Fragen der Mitwirkung der einzelnen Beteiligten nicht richtig geregelt. Nach dieser Bestimmung müßte der Beklagtenbeitritt von dem "Rechtsnachfolger" ausgehen, und von den übrigen Beteiligten gebilligt werden. Auf unseren Fall übertragen würde das bedeuten: derjenige, welcher eintreten will, also der neue Beklagte, führt den Parteibeitritt herbei, und die übrigen Personen stimmen zu. Das entspricht aber nicht der Interessenlage. Die Verhältnisse werden vielmehr damit völlig auf den Kopf gestellt. Der neue Beklagte wird zur Hauptperson des Vorgangs, während er tatsächlich auf Grund seiner Stellung überhaupt nicht gefragt werden müßte. Auch die Mitwirkung des Be-

20.) Vgl. oben S. 179; a.A. Holzhammer S. 23; Lent-Jauernig § 86 III (S. 247); Bernhardt S. 210; wohl auch der Entwurf vgl. § 271 Abs. 3 (S. 11)

klagen, der bisher schon an dem Verfahren beteiligt war, ist entgegen der sich aus § 265 ergebenden Regelung beim Beklagtenbeitritt nicht immer notwendig.

Eine Analogie zu § 856 Abs. 2 versagt allein schon deshalb, weil diese Vorschrift einen Kläger- und keinen Beklagtenbeitritt regelt. Naturgemäß kann sie daher auch nichts über die Lage des neuen Beklagten sagen. Darüberhinaus wäre aber auch die Regelung hinsichtlich des alten Beklagten nicht übertragbar. Er wird im Falle des § 856 nie gefragt, da er in seinen Rechten nicht beeinträchtigt wird. Seine Verteidigung kann auch nach dem Beitritt eines weiteren Klägers immer gleich bleiben, da der Anspruch aller Beteiligten derselbe ist. Die Tatsache, daß es sich hier um einen Klägerbeitritt, noch dazu in einer materiellrechtlich ganz besonderen Situation, handelt, bewirkt, daß die Bestimmung auf den gewillkürten Beklagtenbeitritt nicht übertragbar ist.

Eine Analogie zu § 264 paßt ebenfalls nicht. Da die Vorschrift sich nur mit den beiden bereits am Verfahren beteiligten Personen beschäftigt, bleibt die Rolle der hereinzuziehenden Partei unklar. Darüberhinaus wäre nach § 264 immer die Einwilligung des alten Beklagten notwendig. Auch das entspricht nicht der Lage beim Beklagtenbeitritt.

Die Rechtsprechung hat den § 264 regelmäßig so ausgelegt, daß auch die Einwilligung des neuen Beklagten nicht zu entbehren sei.²¹ Eine solche Interpretation ist zwar möglich, obwohl die Bestimmung sich eigentlich nur mit den bereits am Verfahren Beteiligten beschäftigt. Sie führt aber nicht zu besseren Ergebnissen, denn die Interessen des neuen Beklagten erfordern seine Zustimmung gerade nicht.

21.) Vgl. zuletzt BGH NJW 1961, 1066; 1964, 44

Der Vorschlag der Kommission zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit ist zum Beklagtenbeitritt gleich knapp wie zum Klägerbeitritt: Der Kläger kann die Klage gegen einen weiteren Beklagten richten, falls die Streitgenossenschaft zulässig ist.²²

Die Möglichkeit einer Parteiänderung wird auch hier davon abhängig gemacht, daß die Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft vorliegen. Wie schon beim Klägerbeitritt dargelegt,²³ entspricht es der heutigen Fassung des Gesetzes, daß zwei unzulässigerweise verbundene Klagen getrennt werden, und nicht etwa die Klageerhebung zurückgewiesen wird. Das dürfte auch für den Beklagtenbeitritt richtig sein. Der Kläger, der z.B. nachträglich in den Rechtsstreit²⁴ mit dem Hauptschuldner den Bürgen hineinziehen will, möchte diesen Anspruch wohl in jedem Fall anhängig machen. Es liegt daher nicht in seinem Interesse, wenn das Gericht die Klage zurückweist, falls eine gemeinschaftliche Verhandlung nicht möglich ist.

Die Stellung der beiden Beklagten wird in dem Entwurf nicht erwähnt. Insoweit wäre ein Hinweis angebracht, daß der neue Beklagte nicht und der alte nur bei einer gleichzeitigen Änderung des Streitgegenstandes gefragt werden muß.

Da der Beklagtenbeitritt ähnlich dem Klägerbeitritt als Parteiänderung verbunden mit einer Klageänderung behandelt werden soll,²⁵ ist darüberhinaus eine Klarstellung des Verhältnisses der beiden Teile des Vorgangs zueinander notwendig. Der Hinweis darauf, daß die Voraussetzungen des § 264 gesondert zu prüfen seien, soweit eine Parteiänderung mit einer Klageänderung verbunden sei, reicht nicht aus. Es ist nämlich nicht der Wille der Parteien, einen Beklagtenbeitritt herbeizuführen, unabhängig davon,

22.) Vgl. Entwurf § 271 Abs.3 (S.11); Begründung S.87

23.) Vgl. § 23 S.185ff

24.) So der Fall RG Warn.34,142

25.) Vgl. Begründung S.87

ob die darin enthaltene Klageänderung zustandekommt. Wie schon oben dargelegt, ist der Beitritt nur dann sinnvoll, wenn auch die damit verbundene Klageänderung erfolgen kann.

§ 33 DIE FORM DES BEKLAGTENBEITRITTS

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

Der Kläger macht mit der Hereinziehung des neuen Beklagten in das Verfahren diesem gegenüber erstmalig seinen Anspruch geltend. Der neue Beklagte war bisher noch nicht an dem Rechtsstreit beteiligt. Die Situation unterscheidet sich daher von der des Klägerbeitritts, bei dem der Beklagte bereits an dem Rechtsstreit beteiligt ist und das Verfahren kennt. Hier liegt es vielmehr ähnlich wie beim Beklagtenwechsel, denn auch dort wird ein Anspruch gegen eine bisher unbeteiligte Person erst mit deren Hineinziehung in den Prozeß anhängig gemacht. Um ein Beispiel zu nennen: Zieht der Gläubiger neben den Hauptschuldner den Bürgen in den Rechtsstreit, so war dieser bisher noch nicht an dem Verfahren beteiligt. Vielleicht wußte er noch nicht einmal etwas von dem Verfahren. Ihm muß daher der Schutz zuteil werden, der dem Beklagten normalerweise bei einer Klageerhebung gewährt wird.²⁶ D.h., ihm muß ein Schriftsatz zugestellt werden, der die Mitteilung enthält, daß er in den zwischen dem Kläger und dem alten Beklagten anhängigen Rechtsstreit hineingezogen werden soll. In dem Schriftsatz ist ferner zu erklären, worum der Streit geht und wie der Streitstand ist. Außerdem ist der Beklagte unter Wahrung der Einlassungsfrist zum Termin zu laden. Das gilt, weil mit ihm der Prozeß erst durch die Parteiänderung beginnt, und ihm ein Zeitraum gewährt werden muß, um seine Verteidigung vorzubereiten.²⁷

26.) So auch de Boor S.110 für den Beklagtenwechsel.

27.) Vgl. RGZ 96,201; BGH NJW 1961,1066; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a; Rosenberg ZZP 70,6; Bernhardt S.210; Holzhammer S.26; Thomas-Putzo Vor § 50 IV 4 a

Wie beim Beklagtenwechsel kann man auch beim Beklagtenbeitritt zwei Ausnahmen von dieser Regel zulassen. Erklärt der neue Beklagte selber in das Verfahren eintreten zu wollen, was allerdings nur sehr selten der Fall sein wird, so kann man von der Befolgung der strengen Formvoraussetzungen ebenso absehen, wie dann, wenn der alte Beklagte gesetzlicher Vertreter des neuen ist, oder der Prozeß gegen sein eigenes Vermögen nunmehr auch noch auf ein weiteres von ihm verwaltetes Vermögen ausgedehnt wird. In diesen Fällen bedarf der neue Beklagte nicht des Schutzes, den ihm die Formvorschriften über die Klageerhebung garantieren sollen, da er bzw. die Person, die ihn vertritt, bereits am Verfahren beteiligt ist und den Streitgegenstand daher kennt. Hier genügt eine Erklärung in der mündlichen Verhandlung. Ein solcher Fall lag z.B. vor, als ein Treuhänder, der bereits in seiner amtlichen Eigenschaft wegen eines Schadensfalles verklagt war, nunmehr wegen desselben Vorfalles auch persönlich in Anspruch genommen werden sollte.²⁸ Hier wäre die Zustellung eines Schriftsatzes und die Wahrung einer Einlassungsfrist ein überflüssiger Formalismus, denn der Treuhänder ist bereits ausreichend über das Verfahren informiert und auf die Verhandlung vorbereitet.

Die Mitwirkung des alten Beklagten ist beim Beklagtenbeitritt nur dann geboten, wenn der Anspruch ihm gegenüber geändert wird, also eine Klageänderung vorliegt. Aus diesem Grunde ist hinsichtlich der Form dieses Teils des Vorgangs die Regelung über die Klageänderung heranzuziehen. Das bedeutet: Der Kläger teilt dem alten Beklagten entweder in der mündlichen Verhandlung oder durch einen Schriftsatz mit, daß er eine Anspruchsänderung vornehmen will. Der Beklagte stimmt dem formlos zu. Läßt er sich vorbehaltlos auf die geänderte Klage ein, so gilt die unwiderlegbare Vermutung, daß er mit dem Vorgang einverstanden ist (§ 269). Das darf auch

28.) BGHZ 21, 285

beim Beklagtenbeitritt nicht anders sein, denn es muß sofort nach der Parteiänderung Klarheit darüber bestehen, ob sie wirksam ist und über welchen Streitgegenstand verhandelt werden soll.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Diese Ergebnisse lassen sich mit einer Analogie zu den §§ 856, 265 oder 264 nicht erzielen. Ganz abgesehen davon, daß der Klägerbeitritt (§ 856), der Parteiwechsel (§ 265) oder die Klageänderung (§ 264) sich grundsätzlich vom Beklagtenbeitritt unterscheiden, erfolgt in all diesen Fällen der Vorgang regelmäßig in der mündlichen Verhandlung, während beim Beklagtenbeitritt im allgemeinen die Zustellung eines Schriftsatzes an den neuen Beklagten notwendig ist. Die Wahrung einer Einlassungsfrist ist in den drei herangezogenen Fällen überflüssig, bei § 265 schon deshalb, weil dort der neue Beklagte die Änderung selbst vornimmt, bei § 856 geht es zwischen allen Beteiligten um denselben Anspruch. Der Beklagte braucht keine neue Einlassungsfrist, weil auch der weitere Kläger denselben Anspruch (den des Schuldners gegen den Drittschuldner = Beklagten) geltend macht wie die übrigen bereits am Verfahren beteiligten Kläger. Auf eine solche Verhandlung muß sich der Beklagte aber nicht nochmals vorbereiten.

Eine Klageänderung ist zwar wahlweise durch Zustellung eines Schriftsatzes oder Erklärung in der mündlichen Verhandlung möglich (§ 281). Hier bliebe aber wieder unklar, auf welchen Beklagten sich die Vorschrift bezieht. Im übrigen bedarf es aber auch hier naturgemäß nicht der Wahrung einer Einlassungsfrist, da nach § 264 ein bereits anhängiger Anspruch zwischen gleichbleibenden Parteien geändert wird. - Die Praxis fordert trotz direkter Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung seit jeher beim Beklagtenbeitritt in Abweichung von den §§ 264ff die Zustellung eines

Schriftsatzes an den neuen Beklagten.²⁹

In dem Entwurf wird ebenfalls die Zustellung eines Schriftsatzes an den neuen Beklagten und die Wahrung der Einlassungsfrist verlangt. Die übrigen Erklärungen können durch Zustellung eines Schriftsatzes oder in der mündlichen Verhandlung abgegeben werden.³⁰ Diese Lösung ist sachgerecht.

29.) So schon RGZ 96,201; vgl. auch BGH NJW 1961, 1066

30.) § 272 S.2 und Begründung S.88

§ 34 STREITIGKEITEN ÜBER DEN EINTRITT DES
BEKLAGTENBEITRITTS

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage
notwendig?

Ein Streit darüber, ob der Beklagtenbeitritt zulässig ist, wird im allgemeinen nicht auftreten. Jedenfalls ist bisher in der Literatur ein solcher Fall noch nicht veröffentlicht worden.

Da der neue Beklagte um seine Hereinziehung in das Verfahren nicht gefragt zu werden braucht, ist es auch nicht notwendig, ihm eine Möglichkeit zu geben, sich gegen die Klageerstreckung auf ihn zu wehren. Seine Nachteile erschöpfen sich darin, daß er verklagt wird. Auf einen solchen Akt hat der Beklagte aber nach dem Gesetz keinen Einfluß. Durch eine nachträgliche Hereinziehung in ein schwebendes Verfahren erster Instanz wird seine Position nicht weiter beeinträchtigt als bei jeder anderen Klageerhebung. Um ein Beispiel zu nennen:³¹ Wird die Klage vom Hauptschuldner auf den Bürgen erstreckt, so kann sich dieser nicht dagegen wehren.

Der alte Beklagte braucht der Parteiänderung nur dann zuzustimmen, wenn ihm gegenüber hierdurch eine Anspruchsänderung eintritt. Ist das nicht der Fall, so besteht ohnehin kein Grund, ihm das Recht einzuräumen, sich einer gemeinsamen Verklagung mit einem Dritten zu widersetzen. Hierzu gibt ihm das Gesetz auch bei einer anfänglichen gemeinsamen Verklagung mit einer weiteren Person keine Möglichkeit.³² Insoweit liegt ein Unterschied zum Klägerbeitritt vor, denn die Streitgenossenschaft darf auf der Klägerseite nur mit Zustimmung beider Kläger begründet werden.³³

31.) RG Warn. 34, 142

32.) Vgl. S. 230 und die Literaturangaben in Anm. 12

33.) Vgl. S. 173

Wird mit der Hereinziehung des weiteren Beklagten der bisherige Anspruch geändert, so ist die Einwilligung des alten Beklagten nur wegen dieses Teiles des Vorganges notwendig. So lag es z.B. in dem schon häufiger genannten Notwegfall. Ersetzt das Gericht dann die verweigerte Zustimmung des Beklagten wegen Sachdienlichkeit des Vorgangs, so ist es gerechtfertigt, ihm dagegen die Rechte einzuräumen, die das Gesetz normalerweise bei einer Änderung des Anspruches während des Verfahrens vorsieht. Aus § 270 ergibt sich, daß der Beklagte sich gegen die Entscheidung, die die Klageänderung zuläßt, nicht wehren kann. Das ist in dem Notwegfall durchaus gerechtfertigt, denn beide Beklagte erhalten eine Entscheidung über die Frage, ob sie den Notweg einräumen müssen.

Es ist daher festzustellen, daß keine der beteiligten Parteien etwas gegen die Zulassung des Beklagtenbeitritts tun kann, und daß damit der für den Beklagtenwechsel vorgeschlagene Zwischenstreit überflüssig ist. Auch in dieser Frage zeigt sich, daß man Parteiwechsel und Parteibeitritt nicht gleichbehandeln kann. Beim Beklagtenwechsel wird einer Person der Rechtsschutz versagt. Sie muß deshalb die Möglichkeit haben, sich dagegen zu wenden, daß sie aus dem Verfahren gedrängt wird. Beim Beklagtenbeitritt erhalten dagegen alle Beteiligten eine Entscheidung. Lediglich der alte Beklagte bekommt diesen Rechtsschutz, falls eine Anspruchsveränderung vorliegt, in modifizierter Form. Insoweit hält das Gesetz ihn aber nicht für schutzwürdig (§ 270).

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Weder bei einem Parteiwechsel nach § 265 noch bei einem Klägerbeitritt nach § 856 oder bei einer Klageänderung (§ 264) gibt es einen Zwischenstreit über die Wirksamkeit des Vorgangs. Insoweit würde eine Analogie zu diesen Vorschriften auch dem Be-

klagtenbeitritt gerecht.

In dem Entwurf ist ebenfalls ein Zwischenstreit
über die Wirksamkeit des Beklagtenbeitritts nicht
vorgesehen.

§ 35 DIE PROZESSUALEN WIRKUNGEN DES
BEKLAGTENBEITRITTS

Die prozessualen Wirkungen des Beklagtenbeitritts sind im wesentlichen nicht anders als die des Klägerbeitritts.

Auch hier gilt, daß ein gemeinschaftliches Verfahren mit den beiden Beklagten nur dann möglich ist, wenn die Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft vorliegen (§§ 59ff). Das bedeutet aber genau wie beim Klägerbeitritt nicht etwa, daß das Gericht befugt wäre, die Hereinziehung des neuen Beklagten für unzulässig zu erklären, falls eine Streitgenossenschaft zwischen den beiden Beklagten nicht herbeigeführt werden kann.³⁴ Das Gericht hat nur die unzulässige Verbindung zu beseitigen, indem es die Prozesse trennt. Die Frage, ob der Anspruch anhängig werden soll, müssen dagegen die Parteien entscheiden.

Im Hinblick auf den neuen Beklagten sind die Prozeßvoraussetzungen zu prüfen. Schwierigkeiten können sich dabei bezüglich der Zuständigkeit des Gerichts ergeben, da die einschlägigen Vorschriften vor allem für die örtliche Zuständigkeit an die Person des Beklagten anknüpfen. Eine Unzuständigkeit des Gerichts führt aber auch hier nicht zur Zurückweisung der Parteiänderung, sondern, auf entsprechenden Antrag hin, zu einer Trennung der Verfahren und einer Verweisung an das richtige Gericht.³⁵

34.) Vgl. oben S. 179ff und S. 234f; a. A. Holzhammer S. 23; Bernhardt S. 210; Wieczorek § 264 E III b 1; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4. Auch der Entwurf (§ 271 Abs. 3) sieht die umgekehrte Regelung vor.

35.) Allg. M. bei einer ursprünglichen gemeinsamen Klage, vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle Vor § 59 III 3 u. 4; Baumbach-Lauterbach § 59 3

Im übrigen ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber dem Klägerbeitritt. Es kann daher auf das dort Ausgeführte verwiesen werden.³⁶

Diese Konsequenzen lassen sich aus einer unmittelbaren Anwendung der geltenden Bestimmungen der Zivilprozeßordnung ziehen. Insoweit ist daher für den Parteibeitritt keine Sonderregelung erforderlich.

36.) Vgl. S. 195ff

§ 36 DIE MATERIELLRECHTLICHEN WIRKUNGEN DES
BEKLAGTENBEITRITTS

Was die materiellrechtlichen Folgen der Hereinziehung eines weiteren Beklagten in den Rechtsstreit anbelangt, so ist die Lage nicht anders als beim Klägerbeitritt. Der gegen den alten Beklagten erhobene Anspruch ist bereits anhängig. Daran ändert sich durch den Beitritt nichts. Der gegenüber dem neuen Beklagten geltend gemachte Anspruch ist dagegen entsprechend § 281¹ als im Laufe des Verfahrens anhängig geworden anzusehen. Die materiellen Folgen der Rechtshängigkeit treten daher hinsichtlich der neuen Partei mit der Zustellung eines Schriftsatzes bzw. mit Erhebung des Anspruches in der mündlichen Verhandlung ein.³⁷

Das zeigt sich z.B. in folgendem Fall:³⁸ Die Klägerin war Eigentümerin eines Grundstückes. Durch Einsturz einer Brandmauer auf dem Nachbargrundstück entstand ihr ein Schaden. Sie nahm zunächst den Treuhänder, dem das Grundstück unterstand, auf Schadensersatz in Anspruch. Später zog sie auch noch den von dem Treuhänder eingesetzten Verwalter in das Verfahren.

Der Anspruch gegen den Verwalter wird erst mit der Parteierweiterung rechtshängig. Hier könnte deshalb der Anspruch gegen ihn in der Zwischenzeit verjährt sein. Diese Tatsache dürfte dann aber nicht

37.) So auch Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4 a; Bernhardt S. 210; Blomeyer § 115 IV 2 a bzw. § 115 IV 1 a; im Ergebnis auch de Boor S. 125; Rosenberg, Lehrbuch⁹ § 41 III 2 (S. 174) und ZZP 70, 6f., die Parteiwechsel und Parteibeitritt gleichbehandeln. A.A. Schönke-Schröder-Niese S. 146; Rosenberg, Lehrbuch bis zur 7. Aufl. § 41 II 2 (S. 169)

38.) BGHZ 21, 285

durch eine nachträgliche Hineinziehung des Verwalters umgangen werden können.

Sind beide Beklagte notwendige Streitgenossen, so bestimmt sich die Rechtshängigkeit für und gegen alle Beteiligten aus den gleichen Gründen wie beim Klägerbeitritt nach dem Termin, in dem der Anspruch gegen den letzten Beklagten geltend gemacht worden ist, denn erst dann ist die Klage richtig erhoben.

So lag z.B. der schon häufiger herangezogene Notwegfall. Erst mit der Hereinziehung der Ehefrau als weiterer Grundstückseigentümerin ist die Klage richtig erhoben. Die materiellen Folgen der Rechtshängigkeit können daher erst dann eintreten.

Entscheidender Zeitpunkt ist, sofern die Einwilligung eines der Beklagten überhaupt erforderlich ist, jedenfalls nur die Erklärung des Klägers. Von seiner Handlung (Zustellung eines Schriftsatzes oder Vortrag in der mündlichen Verhandlung) hängt die Rechtshängigkeit des Anspruches ab, nicht dagegen von der eventuell notwendigen Mitwirkung des alten Beklagten, denn dieser hat nach dem Gesetz keinen Einfluß darauf, ob und wann er oder gar ein Dritter verklagt wird. Scheitert die Parteiänderung, so ist der Anspruch gegen den neuen Beklagten niemals anhängig geworden.

Wie schon beim Klägerbeitritt³⁹ dargestellt, läßt sich dieses Ergebnis durch eine analoge Anwendung des § 856 oder des § 265 nicht erreichen. Die entsprechende Heranziehung des § 264 wäre dagegen möglich.

Die Regelung des Entwurfes (§ 273 Nr. 2)⁴⁰ entspricht den hier aufgestellten Erfordernissen.

39.) Vgl. S. 201

40.) S. 12; Begründung S. 88/89

§ 37 DIE VERWERTBARKEIT DER BISHERIGEN

VERFAHRENSERGEBNISSE

Hinsichtlich dieser Frage gilt ohne Einschränkungen das, was bereits zum Klägerbeitritt ausgeführt worden ist.⁴¹ Es seien daher nur noch einmal kurz die Ergebnisse wiederholt:

Der Kläger und der bisherige Beklagte sind im Verhältnis zueinander an die bestehende Prozeßlage gebunden, da sie von ihnen selber herbeigeführt worden ist.

Anders ist das hinsichtlich des neuen Beklagten. Die bisherigen Verfahrensergebnisse sind auch für ihn verwertbar, da er in das schwebende Prozeßrechtsverhältnis eintritt, sie binden ihn aber nicht. Insoweit muß dem neuen Beklagten und auch dem Kläger die notwendige Freiheit in der Prozeßführung eingeräumt werden.⁴²

Eine Analogie zu den §§ 856, 265 oder 264 wäre in dieser Frage aus den bereits beim Klägerbeitritt dargelegten Gründen nicht möglich.

Der Entwurf nimmt zu diesem sehr wesentlichen Problem wie schon beim Klägerbeitritt keine Stellung.⁴³ Eine Ergänzung in dem oben dargelegten Sinne wäre allerdings aus den gleichen Gründen wie beim Klägerbeitritt unbedingt erforderlich.

41.) Vgl. S. 202ff

42.) Für eine grundsätzliche Fortgeltung aber mit Abänderungsmöglichkeiten de Boor S. 105 und die, welche Parteiwechsel und Parteibeitritt gleichbehandeln wollen. Gegen jede Verwertbarkeit: Kisch S. 348/349; Blomeyer § 115 IV 1 a und 3; Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4 a; Holzhammer S. 29; Bernhardt S. 210; Fortgeltung vom Willen der Parteien abhängig: Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 a

§ 38 DIE VERTEILUNG DER KOSTEN DES VERFAHRENS

1. Die Gerichtskosten

Was die Prozeßkosten anbetrifft, so gilt im wesentlichen das für den Klägerbeitritt Ausgeführte entsprechend.⁴⁴ Es ist demnach davon auszugehen, daß durch den Beitritt des neuen Beklagten auf der Beklagtenseite eine Streitgenossenschaft entstanden ist. Die Streitwerte der einzelnen gegen die Beklagten geltend gemachten Ansprüche werden daher gemäß § 5 zusammengerechnet, sofern sie nicht wirtschaftlich denselben Wert darstellen.⁴⁵

Da das Verfahren vor und nach der Parteiänderung eine Einheit bildet, entstehen alle Gerichtsgebühren nur einmal, wobei der Betrag grundsätzlich nach den zusammengerechneten Streitwerten der beiden Ansprüche bestimmt wird, und nur für die Verfahrensteile, die vor dem Beitritt abgeschlossen waren (allenfalls die Beweisaufnahme), der geringere Wert anzusetzen ist.

Die Verteilung der entstandenen Gerichtskosten unter die Parteien macht keine Schwierigkeiten, wenn der Kläger oder beide Beklagte unterlegen sind. Der unterliegende Teil hat dann die Gebühren zu zahlen. Sind das die beiden Beklagten, so haften sie als Gesamtschuldner (§ 104 GKG).

Unterliegt der Kläger nur einem Streitgenossen, während er gegenüber dem anderen obsiegt, so wird das Gericht die Kosten unter den Kläger und den unterlegenen Genossen nach Maßgabe des § 92 verteilen.⁴⁶ Dafür ist das Verhältnis der Beteiligung

43.) Vgl. Begründung S.91

44.) Vgl. S.207ff

45.) So schon Kisch S.409; ferner Baumbach-Lauterbach § 5 2 A

46.) Ebenso Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 100 IV. 1; Baumbach-Lauterbach § 100 6 B

der beiden Parteien an dem Verfahren von Bedeutung. Kosten, die nur hinsichtlich eines der Beklagten entstanden sind, müssen unter diesen und den Kläger gesondert verteilt werden.

2. Die Auslagen

Die Behandlung der Auslagen erfolgt wie beim Klägerbeitritt. Sie treffen grundsätzlich den unterliegenden Teil. Unterliegt nur einer der Beklagten, so muß der Kläger die Auslagen bezahlen, die das Verfahren mit der obsiegenden Partei verursacht hat.

3. Die Anwaltskosten

Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers erhält für seine Tätigkeit Gebühren nach Maßgabe des Streitgegenstandes, der auch für die Gerichtskosten zugrunde zu legen ist (§§ 7 Abs. 2; 8 Abs. 1 BRAGeO).⁴⁷

Die Höhe der Gebühren für den gemeinsamen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten richtet sich ebenfalls nach diesem Streitwert. Der gemeinsame Anwalt der Beklagten erhält jedoch im Gegensatz zu dem des Klägers gemäß § 6 Abs. 1 BRAGeO eine um zwei Zehntel erhöhte Prozeßgebühr.⁴⁸ Die Erhöhung wird dabei nach dem Betrag berechnet, an dem die Auftraggeber gemeinschaftlich beteiligt sind.

Bestellen beide Beklagte verschiedene Rechtsanwälte, wozu sie berechtigt sind, so erhält jeder von ihnen Gebühren nach dem Streitwert seines Prozesses und seiner dortigen Tätigkeit.

Die Verteilung der Anwaltskosten unter die Parteien hat das Gericht nach den beim Klägerbeitritt aufgestellten Grundsätzen vorzunehmen. Insoweit er-

47.) Vgl. u. a. Gerold-Schmidt § 13 N. 21; Lauterbach § 7 BRAGeO 3

48.) So u. a. Lauterbach § 6 BRAGeO 2 A; Gerold-Schmidt § 13 N. 21; Riedel-Corves-Sußbauer § 6 N. 35

geben sich keine Besonderheiten.⁴⁹

Diese Regelung läßt sich unmittelbar aus den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften entnehmen, die also auch für den Parteibeitritt voll verwendbar sind.

49.) Vgl. oben S. 211/212

§ 39 DER BEKLAGTENBEITRITT IM RECHTSMITTELZUG

I. Welche Regelung ist nach der Interessenlage notwendig?

1. In der Berufungsinstanz

Ein Beklagtenbeitritt ist in der Berufungsinstanz aus den gleichen Gründen wie ein Klägerbeitritt möglich.⁵⁰ Für seine Voraussetzungen, Form und Wirkungen kann daher weitgehend auf die dortigen Ausführungen Bezug genommen werden.

Im Gegensatz zu der Hereinziehung eines weiteren Beklagten in erster Instanz wird man hier aber außer der einleitenden Handlung des Klägers auch die Mitwirkung des neuen Beklagten fordern müssen. Da der neue Beklagte erst im zweiten Rechtszug in das Verfahren gezogen wird, verliert er eine Instanz zu seiner Verteidigung. Das kann ihm aber nur dann zugemutet werden, wenn er freiwillig darauf verzichtet, oder wenn ganz besondere Umstände vorliegen, die den Verlust als nicht so schwerwiegend und die Verweigerung der Zustimmung daher als Mißbrauch erscheinen lassen.⁵¹ Für die Frage, wann ein solcher Mißbrauch vorliegt, kann auf die entsprechenden Ausführungen bei den anderen Fällen der Parteiänderung verwiesen werden.⁵²

Die Stellung des alten Beklagten ändert sich nicht, denn er ist auch schon bisher an dem Verfahren be-

50.) Vgl. oben S. 214ff; so auch Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 b; Blomeyer § 115 IV 1 b; Rosenberg ZZP 68, 1ff; a.A. Kisch S. 297/298 und Berufungsinstanz S. 295; Holzhammer S. 28; Bernhardt S. 210; Lent-Jauernig § 86 III (S. 247); Thomas-Putzo Vorbem. § 50 IV 4 b

51.) Vgl. BGHZ 21, 285; Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁹ § 268 II 3 b; Blomeyer § 115 IV 1 b (S. 637)

teiligt gewesen, verliert also keine Instanz. Wird die Klage ihm gegenüber anläßlich des Beitritts nicht verändert, so besteht kein Anlaß festzustellen, ob er mit der Parteiänderung einverstanden ist. Für ihn geht der Prozeß unverändert weiter, und er erhält eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils. Der Rechtsstreit verläuft nicht anders, als wenn kein weiterer Beklagter hinzugezogen worden wäre. So liegt es etwa in dem Fall, in dem der Kläger neben den Treuhänder den Verwalter auf Schadensersatz wegen desselben Vorfalles verklagt.⁵³ Hier wird überprüft, ob das gegenüber dem alten Beklagten (Treuhänder) ergangene Urteil richtig ist. Für ihn ist die Hereinziehung der weiteren Person belanglos.

Ist der Vorgang dagegen für den alten Beklagten mit einer Klageänderung verbunden, wie das z.B. in dem Notwegfall⁵⁴ war, so muß er den Schutz erhalten, den das Gesetz normalerweise bei einer Klageänderung in zweiter Instanz gewährt. Strengere Voraussetzungen sind aber nicht notwendig, da keine weiteren Interessen des alten Beklagten berührt werden. Enthält daher die Hereinziehung der neuen Partei eine Klageänderung gegenüber der alten, so muß diese dem Beklagtenbeitritt zustimmen (§§ 523, 264). Ihre Einwilligung wird als abgegeben angesehen, sobald sie sich in der mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat (§ 269). Widerspricht sie, so ist ihre Zustimmung bei Sachdienlichkeit der Anspruchsänderung durch das Gericht zu ersetzen (§ 264).

Im übrigen gilt das für den Beklagtenbeitritt in erster Instanz Ausgeführte.

2. In der Revisionsinstanz und zwischen den Instanzen

Ein Beklagtenbeitritt ist im Revisionsrechtszug

52.) Vgl. S. 217 und S. 58ff, 60

53.) BGHZ 21, 285

und zwischen den Instanzen aus den gleichen Gründen wie ein Klägerbeitritt nicht möglich.⁵⁵ Inso-
weit gilt das für die entsprechenden Fälle Darge-
stellte in vollem Umfang.

II. Wie läßt sich diese Regelung verwirklichen?

Diese Ergebnisse wären im wesentlichen aus den
gleichen Gründen wie beim Klägerbeitritt mit einer
Analogie zu den §§ 856, 265, 264 nicht zu erzielen.

Die Hereinziehung eines weiteren Beklagten soll
nach den Vorschlägen des Entwurfes (§ 530 Abs. 2,
S. 2) in der Berufungsinstanz ebenfalls nur mit
dessen Zustimmung möglich sein.⁵⁶ Inso-
weit ist die
vorgesehene Regelung sachgerecht.

In dem Entwurf⁵⁷ ist auch ein Beklagtenbeitritt
zwischen den Instanzen und im Revisionsrechtszug
vorgesehen. Hierfür besteht jedoch aus den gleichen
Gründen wie beim Klägerbeitritt kein Bedürfnis. Im
übrigen ist eine solche Lösung, wie schon oben dar-
gelegt, mit den geltenden Vorschriften der Zivil-
prozeßordnung nicht zu vereinbaren.⁵⁸

54.) BGH NJW 1962, 633

55.) So auch Blomeyer § 115 IV 1 b; ebenso für den
Parteiwechsel in der Revisionsinstanz RG JW
1908, 44; RGZ 160, 204; vgl. oben S. 118ff; a.A.
Schumann/Leipold in Stein-Jonas-Schönke-Poh-
le¹⁹ § 268 II 3 b; Wieczorek § 264 E III; vgl.
oben S. 119; zum Parteibeitritt zwischen den
Instanzen vgl. S. 222f

56.) Siehe auch Begründung S. 121/122

57.) Vgl. § 530 Abs. 3 (S. 27) und § 566 (S. 30); Be-
gründung S. 122/123 und S. 128

58.) Vgl. oben S. 221 und S. 118ff, bzw. S. 222f

ZUSAMMENFASSUNG

Abschließend ergibt sich demnach, daß auch hinsichtlich des Parteibeitritts eine Lücke des Gesetzes vorliegt.

Diese Lücke kann man aber keinesfalls dadurch schließen, daß man die für den Parteiwechsel aufgestellten Regeln auf den Parteibeitritt überträgt. Beitritt und Wechsel unterscheiden sich in vielem derart grundlegend voneinander, daß eine Gleichbehandlung der beiden Fälle nicht möglich ist.

Die von de Boor vorgeschlagene Anlehnung an § 265 versagt hier schon deshalb, weil diese Vorschrift einen Parteiwechsel und keinen Parteibeitritt regelt. Auf alle wesentlichen Fragen des Parteibeitritts - die erforderlichen Zustimmungen der einzelnen Parteien, die Verwertbarkeit der bisherigen Verfahrensergebnisse für die alten bzw. die neuen Parteien, den Eintritt der materiellen Folgen der Rechtshängigkeit für den neuen Beteiligten - gibt § 265 nicht die richtigen Antworten. Die Ergebnisse stehen vielmehr in direktem Gegensatz zu denen, die beim Parteibeitritt gebraucht werden.

Auch eine Anlehnung an § 856 Abs. 2, die einzige Vorschrift des Gesetzes, die einen Parteibeitritt regelt, ist nicht zu befürworten. Diese Bestimmung behandelt einen so speziellen Fall des Klägerbeitritts, daß eine Verallgemeinerung nicht einmal für die Fälle des gewillkürten Klägerbeitritts möglich ist. Das liegt vor allem daran, daß im Rahmen des § 856 alle Kläger denselben Anspruch (nämlich den von ihnen gepfändeten Anspruch des Schuldners gegen den Drittschuldner) geltend machen, während bei der gewillkürten Parteiänderung von oder gegen die neue Partei ein selbständiges Recht oder eines, das ihr nur zusammen mit

der bereits am Verfahren beteiligten Person zusteht, verfolgt wird. Wegen der besonderen Lage ist es im Falle des § 856 auch möglich, das Einverständnis der Beteiligten nicht zu fordern und die neu eintretende Partei sowohl materiellrechtlich als auch prozessual an die bestehende Prozeßlage zu binden. All das ist beim gewillkürten Parteibeitritt nicht zu vertreten.

Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung führt zu etwas besseren Ergebnissen. Aber auch hier ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten. Zunächst läßt sich eine Analogie nur sehr schwer herstellen. Darüberhinaus können aber auch wesentliche Folgen des Parteibeitritts nicht aus diesen Vorschriften abgeleitet werden. In der Frage der erforderlichen Zustimmungen fehlt jeder Hinweis auf die dritte Person, da es eine solche bei der Klageänderung nicht gibt. Auch die Tatsache, daß die Parteien alle bisherigen Verfahrensergebnisse für und gegen sich gelten lassen müssen, ist beim Parteibeitritt hinsichtlich des neuen Beteiligten nicht angemessen. Die Rechtsprechung hat zwar einen Teil der Schwierigkeiten, die die Anwendung der Klageänderungsvorschriften auf die Parteänderung mit sich bringt, beseitigt, indem sie Sonderregeln aufgestellt hat. Diese werden dem Institut aber trotzdem nicht gerecht.

Jede Analogie zu bestehenden Vorschriften leidet vor allem daran, daß (abgesehen von der sehr speziellen Norm des § 856) keine Bestimmung des Gesetzes das besondere Verhältnis des zusätzlichen Eintritts einer neuen Partei in ein bestehendes Prozeßrechtsverhältnis kennt. Das Spannungsverhältnis zwischen gleichbleibenden und hinzutretenden Parteien wird nirgends erfasst.

Eine einwandfreie Lösung des Problems des gewillkürten Parteibeitritts wird sich daher nur durch eine gesetzliche Regelung herbeiführen lassen. Die

Ansatzpunkte, die der Entwurf der Kommission zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit enthält, sind insoweit gut. Der Vorschlag bedarf jedoch in verschiedenen Punkten noch einer Verbesserung.

Wenig glücklich ist nämlich, daß die Möglichkeit einer Parteiänderung zunächst davon abhängig sein soll, daß die geltend gemachten Ansprüche in einem Verhältnis nach den §§ 59ff stehen. Das entspricht nicht der derzeitigen Systematik des Gesetzes, die auch durch den Entwurf nicht geändert werden soll. Der Beitritt und damit die Erhebung eines Anspuches stehen im Belieben der Parteien. Lediglich die gemeinschaftliche Verhandlung ist davon abhängig, daß die §§ 59ff erfüllt sind. Es wäre daher besser, falls die Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft fehlen, nicht den Beitritt zu verbieten, sondern die Klagen zu trennen.

Unvorteilhaft ist auch, daß die Parteiänderung und die manchmal darin enthaltene Klageänderung in kein Verhältnis zueinander gesetzt werden. Daraus folgt, daß der einheitliche Vorgang in seine Einzelbestandteile aufgespalten wird. Gerade das wünschen die Parteien aber nicht, da ihnen im allgemeinen nicht mit einem Beitritt ohne Klageänderung oder einer Klageänderung ohne Beitritt gedient ist.

Im übrigen ist der Vorschlag auch noch zu unvollkommen. So wesentliche Fragen wie die Mitwirkung der einzelnen Beteiligten in erster Instanz und die Verwertbarkeit der bisherigen Verfahrensergebnisse für die neue bzw. die alten Parteien dürfen nicht ungeregelt bleiben.

Andererseits besteht für die vorgesehene Zulassung eines Parteibeitritts zwischen den Instanzen und im Revisionsverfahren kein Bedürfnis.

Lebenslauf

Ich wurde am 30. August 1939 als zweites von vier Kindern des Kaufmanns Dr. jur. Wilhelm Gofferjé und seiner Ehefrau Maria, geborene Hamm, in Krefeld geboren. Vom Frühjahr 1946 bis Frühjahr 1950 besuchte ich die Volksschule in Krefeld. Anschließend ging ich zum neusprachlichen Gymnasium am Moltkeplatz in Krefeld. Dort legte ich am 24. Februar 1959 die Reifeprüfung ab.

Nach einer halbjährigen praktischen Tätigkeit in einem Industriebetrieb begann ich im Wintersemester 1959/60 das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Erlangen/Nürnberg. Im Wintersemester 1961/62 setzte ich mein Studium an der Universität München fort. Vom Sommersemester 1962 bis zum Wintersemester 1963/64 studierte ich wieder in Erlangen. Hier bestand ich am 24. Juni 1964 die erste juristische Staatsprüfung.

Am 1. September 1964 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 20. August 1968 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf ab. Anschließend begann ich eine Tätigkeit als Anwaltsassessor.